Die Rechtsnatur der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der

Philippsuniversität Marburg

vorgelegt von

Walter Wink

Gerichtsassessor aus Wiesbaden.

Marburg 1930

Buchdruckerei Georg Grandpierre, Idstein i. T.

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 25. Februar 1929.

Berichterstatter: Geheimrat Prof. Dr. Manigk.

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Schrifttum.

v. Amelunxen, Die gerichtliche Erbteilung in ihren juristischen Grundlagen. Zeitschrift des deutschen Notarvereins 1907 S. 30 ff.

Arch. öff. Recht. Archiv für öffentliches Recht, herausgegeben von Laband, Mayer und Störk.

Arch. ziv. Pr. Archiv für zivilistische Praxis.

Bay. Ob. LG. Sammlung von Entscheidungen des Bayrischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen.

Bettsak, Die Bestellung eines Vormunds für einen Nichtvormundschaftsbedürftigen; eine Studie aus dem Gebiete des Staatsrechts und der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Leipzig, Diss. 1920. Abgedr. im Arch. f. öff. Recht Bd. 35 S. 382 ff.

Birkenbihl, Die freiwillige Gerichtsbarkeit, Kommentar 1900.

v. Blume, Vormundschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches 1906 in Opet und v. Blume.

v. Blume, Zustimmung kraft Rechtsbeteiligung und Zustimmung kraft Aufsichtsrechts, Iherings Jahrbuch 1904 Bd. 48 S. 426 ff.

Breit, Zur Lehre von der Vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, im Zentralblatt für die freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat.

Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. I u. II.

Brunner, Quellen und Geschichte des deutschen Rechts II 1, in Enzyklopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorff-Kohler 1913.

Busch's Z., Zeitschrift für den Deutschen Zivilprozeß.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1924.

Crome, System des Deutschen bürgerlichen Rechts 1908.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preußens. Allgemeiner Teil und Familienrecht 1908.

Dernburg, Pandekten V. Auflage 1896.

Dernburg, Das Vormundschaftsrecht der preußischen Monarchie. 2. Auflage 1876.

DJZ., Deutsche Juristenzeitung.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Familienrecht 1908.

Enneccerus, Kipp, Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Allgem. Teil und Familienrecht 1923.

Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts 1911.

Fuchs, Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. 1907.

Fuchs, Kommentar zum Vormundschaftsrecht 1909.

Fuchs, Ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nach Art eines Rechtsgeschäfts anfechtbar? Recht 1912 Seite 110 ff.

Fuchs, Das Deutsche Vormundschaftsrecht unter Gegenüberstellung des preußischen Vormundschaftsrechtes und unter Berücksichtigung des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwill. Gerichtsbarkeit 1899.

Glaessing, Die öffentlich-rechtliche Natur des neuen deutschen Vormundschaftsrechts.

Grouven, Ist nach dem BGB. die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu einem Rechtsgeschäfte anfechtbar nach den für die Anfechtung von Rechtsgeschäften wegen Willensmängeln geltenden Vorschriften?
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.
Hatschek, Lehrbuch des Deutschen und Preußischen Verwaltungsrechts.
H. d. R., Handwörterbuch der Rechtswissenschaft.
Jellinek, G., System der subjektiven öffentlichen Rechte 1919.
Jellinek, W., Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen; eine Verwaltungs- und prozeßrechtliche Studie 1908.
Jh. Jhb., Jherings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
Josef, Lehrbuch des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Deutschen Reich und Preußen 1902.
KGJ., Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
Kipp, Ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nach Art eines Rechtsgeschäftes anfechtbar? Recht 1912, S. 5 ff. 556 ff.
Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. 1910.
Kraut, Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts.
Manigk, Ungültigkeit, Unwirksamkeit im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, B. VI, S. 292.
Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 1907.
Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsgeschäft (Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Leonhard, 5. Heft) Breslau 1901.
Mayer, O., Deutsches Verwaltungsrecht 1924.
Mentler, Ist nach BGB. die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes zu einem Rechtsgeschäft anfechtbar nach den für die Anfechtung von Rechtsgeschäften wegen Willensmängeln geltenden Vorschriften? Erlangen, Diss. 1904.
Mitteis, Bürgerliches Recht (Familienrecht). In Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft 1923.
Mathiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1900.
Mot., Motive zu dem Entwurf des BGB. für das Deutsche Reich IV. 1888.
OLG., Die Rechtssprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch IV. Aufl. 1913.
Prot., Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch IV. 1897.
Rausnitz, Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Kommentar 1900.
Rehbein und Reincke, Allgemeines Landrecht. 1885.
RGRK., Kommentar der Reichsgerichtsräte. 1927.
RG., Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Rive, Geschichte der deutschen Vormundschaft 1875.
Rosenbaum, Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung, Greifswalder Diss. 1914.
Rudorff, Das Recht der Vormundschaft, aus dem gemeinen in Deutschland geltenden Recht entwickelt.
Schilgen, Deutsches Vormundschaftsrecht 1899.
Schlegelberger, Die Gesetze über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit 1914.

Schmid, Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung, deren Erklärung gegenüber dem Vormund und Wirksamkeit gegenüber dem Dritten Z. Bl. FG. Bd. 3 S. 266 ff.
Schultheis, Der Nachweis der obervormundschaftlichen Genehmigung im Grundbuchverkehr Z. Bl. FG. Bd. 3 S. 261 ff.
Schultetus, Handbuch des Vormundschaftsrechts 1899.
Schultzenstein, Das Beschwerderecht in Vormundschaftssachen nach dem Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwill. Gerichtsbarkeit.
Seuff. Bl., Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.
Singer, Die Verrichtungen des Vormundschaftsgerichts und des Nachlaßgerichts 1900.
Soergel-Lindemann, Bürgerliches Gesetzbuch 1926.
Sohm, Institutionen 1911.
Spahn, Verwandtschaft und Vormundschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1901.
v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, Familienrecht, 9. Aufl. 1926.
v. Tuhr, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts 1914.
Unger, Rechtsmittel im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach Reichsrecht, Busch's Z. 34 S. 233 ff.
Vering, Geschichte und Pandekten des römischen und heutigen gemeinen Rechts 1875.
Wellstein, Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit II. Aufl. 1906.
Weyel, Die öffentlich-rechtliche Natur der Vormundbestellung unter besonderer Berücksichtigung des fehlerhaften Staatsaktes, Marburger Diss. 1925.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 1906.
ZBL. FG., Zentralblatt für die freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat.
ZDN., Zeitschrift des Deutschen Notarvereins.
Zohlen, Zum Begriff der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, Blätt. für Rechtspflege 1912, Seite 13.
Zürn, Das preußiche Vormundschaftsrecht im Gebiet des Allgemeinen Landrechts 1894.

Einleitung.

Aufgabe der Arbeit.

Da Vormund und Pfleger, fast ebenso wie der Inhaber der elterlichen Gewalt, bei der ihnen obliegenden Tätigkeit für den Bevormundeten eine selbständige Stellung einnehmen, sucht das Gesetz der für den Mündel hierin liegenden Gefahr dadurch zu begegnen, daß es dem Staat die Leitung der Obervormundschaft überträgt. Die Aufgabe des hierbei tätigen Organs (Vormundschaftsgericht) besteht grundsätzlich in der Beaufsichtigung der Amtsführung von Vormund und Pfleger. Ein Ausfluß dieser Tätigkeit ist auch die Mitwirkung bei der Vornahme für den Mündel wichtiger Rechtsgeschäfte, indem der Vormundschaftsrichter dem gesetzlichen Vertreter des Mündels hierzu seine Zustimmung erteilt oder verweigert. Diese Zustimmung bezeichnet der Gesetzgeber als „Genehmigung".

Aufgabe der vorliegenden Arbeit soll es sein, die rechtliche Natur der Genehmigung zu bestimmen. In der Literatur herrschen Meinungsverschiedenheiten darüber, ob man es dabei mit einem Rechtsgeschäft oder obrigkeitlichen Akt zu tun hat, mit anderen Worten, ob dem Richter bezüglich der Genehmigung selbst die Stellung einer Partei zukommt oder ob er über den Parteien steht. Durch die Einordnung des materiellen Vormundschaftsrechts in das System des Privatrechts könnte man zunächst zu der Ansicht kommen, daß die Streitfrage zugunsten der Vertreter der rechtsgeschäftlichen Auffassung entschieden werden müsse. Aber trotz der Darstellung des materiellen Vormundschaftsrechts im bürgerlichen Recht ist dieses vorwiegend öffentlich-rechtlicher Natur. Dies weist Glaessing in einer längeren Abhandlung überzeugend nach,[1]) wo er ausführt, daß die rein äußerliche Anordnung von Vorschriften im Rechtssystem nicht endgültig über ihren dogmatischen Gehalt entscheiden

[1]) Archiv öff. Recht Bd. 35 S. 161 ff., S. 425 ff; ebenso Cosack Bd. 2 S. 676.

könne, vielmehr zwängen die Gebote der Vernunft und Ethik sowie die Geschichte der Staatenbildung, das Vormundschaftsrecht in das Gebiet der öffentlichen Ordnung zu verweisen.

Nach dieser kurzen Andeutung des Problems der Rechtsnatur der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung muß deren genauere juristische Erfassung der späteren Untersuchung vorbehalten bleiben.

Indessen ist das Ergebnis dieser Untersuchung nicht von rein theoretischem Interesse. Die Fixierung als Rechtsgeschäft oder als Staatsakt ist von größter praktischer Bedeutung bei der Frage der Rückwirkung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung sowie bei der Frage der Anfechtbarkeit wegen Irrtum und Täuschung; denn wird in der Genehmigung ein rechtsgeschäftlicher Akt erblickt, so kann man darauf die Vorschriften des allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Rückwirkung und Willensmängel zur Anwendung bringen. Faßt man sie dagegen als obrigkeitliche Handlung auf, so können hierbei diese allgemeinen Vorschriften überhaupt nicht oder höchstens analog angewandt werden.

1. Abschnitt.

Die historische Entwicklung der Stellung des Vormundschaftsgerichts zum Vormund.

Die Stellung des Vormundschaftsgerichts zum Vormund im heutigen Recht ist das Ergebnis einer langen bis auf den Kaiser Septimus Severus zurückreichenden Entwicklung.

I. Im altrömischen Recht lag die Führung der Vormundschaft ausschließlich der Familie ob, der der Mündel entstammte, und zwar stand sie kraft Gesetzes dem nächsten Agnaten zu (turtor bezw. curator legitimus). Daneben ließ man später — eingeführt durch das Gesetz der zwölf Tafeln — den tutor testamentarius zu, der durch den Inhaber der patria potestas in seinem Testament bestimmt wurde. War weder ein tutor legitimus noch ein tutor testamentarius vorhanden, so war dem Prätor zusammen mit den Volkstribunen nach der Lex Atilia (188 v. Chr.) das Recht gegeben, einen tutor zu bestellen. In der Kaiserzeit ging das Recht auf die Magistrate über. Bis dahin war die Stellung der Vormünder eine vollkommen freie und unabhängige, die weder durch eine Kontrolle an der Verwaltung des Mündelsvermögens noch durch eine Mitwirkung an der Verwaltung durch staatliche Organe eingeschränkt wurde.

Die Entwicklung setzt ein mit einer oratio des Kaisers Severus (195 n. Chr.), durch welche die vormundliche Veräußerung von landwirtschaftlich genutzten Grundstücken der Mündel (praedia rustica et suburbana) grundsätzlich verboten wurde. Gestattet war die Veräußerung nur bei ausdrücklicher Genehmigung des Prätors, die lediglich in den Fällen erteilt wurde, in welchen das übrige Vermögen des Mündels zur Deckung der Schulden nicht ausreichte.[1])

Der Gedanke der Oratio Severi wurde durch die Lex Constantinus fortentwickelt.

---

[1]) Dernburg, Vorm. Recht, S. 6; Rudorff II. Bd. S. 397 ff. 422; Windscheid-Kipp § 441 S. 150, 152; Sohm, Institutionen S. 671; Jörs, Römisches Recht S. 212; Karlowa II. S. 270 ff.

Die Gesetzgebung Justinians ging später so weit, daß sie zu allen Veräußerungen von Vermögensgegenständen des Mündels obervormundschaftliche Genehmigung forderte. Nur die nicht konservierbaren und die ganz geringfügigen Sachen, wie leicht verderbliche Gegenstände, abgetragene Kleider und überflüssige Tiere, konnten frei veräußert werden.[1]) Voraussetzung der Erteilung der Genehmigung war die Notwendigkeit der Veräußerung.[2]) Fehlte eine der Voraussetzungen der gültigen Veräußerung, etwa die Notwendigkeit oder die Genehmigung, so war diese nichtig. Der Mangel der „Notwendigkeit" konnte auch nicht durch die Erteilung der Genehmigung geheilt werden. Ebenso trat Nichtigkeit des Veräußerungsgeschäfts ein, wenn die Genehmigung durch Vorspiegelung falscher Tatsachen erschlichen war. Unzweifelhaft ist durch diese Rechtsgestaltung ein absolut sicherer Schutz des Mündels erreicht worden; dem stand allerdings der nicht unerhebliche Nachteil einer großen Unsicherheit des Rechtsverkehrs entgegen. Einen Ausgleich zwischen diesen Gegensätzen suchte man dadurch herbeizuführen, daß die Nichtigkeit des Veräußerungsvertrages durch die eidliche Bestärkung des Rechtsgeschäfts seitens des geschlechtsreifen Mündels herbeigeführt werden konnte. In dieser Einrichtung liegt eine durch mittelalterliche Verquickung von Recht und Religion geschaffene Anomalie.[3])

II. Aehnlich wie im römischen Recht war die Entwicklung im alten deutschen Recht. Hier übte ursprünglich die Sippe durch ein von ihr gewähltes Mitglied — meist den nächsten Schwertmagen — die Vormundschaft über die Frauen und unmündigen Kinder nach dem Tode des Mannes bezw. Vaters aus. Im Laufe der Zeit erwarb dieser ein festes Recht auf die Uebernahme der Vormundschaft und drängte die Sippe in die Stellung der Obervormundschaft zurück. Später ging die Obervormundschaft von der Familie auf den König und seinen Stell-

---

[1]) Dernburg, Pandekten, Bd. 3 § 50; Rudorff, Bd. 2 S. 417; Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte, II. S. 269 ff.; Sohm, S. 671, 675; Windscheid, § 445; Brinz, III S. 819 ff.; Jörs, Röm. Recht, S. 210 ff.; danach geht die Entwicklung zurück auf die Vorschrift, daß der Vormund verpflichtet war, zu Beginn der Vermögensverwaltung (administratio) den Bestand des Mündelgutes durch ein Verzeichnis (inventarium) festzustellen und es nutzbringend und sicher anzulegen. Er sollte deshalb entbehrliche Sachen des Mündels zu verkaufen und unsichere Forderungen beizutreiben suchen. Das Mündelgeld sollte für den Kauf von Grundstücken verwandt werden. Eine Ausleihe auf Zinsen sollte nur in Frage kommen, wenn ein Ankauf von Grundstücken nicht möglich war.

[2]) Windscheid-Kipp Bd. III S. 441.

[3]) Dernburg, Pandekten S. 121.

vertreter, in den Städten auf den Stadtrat über, die einen Vormund nach freier Wahl zu ernennen vermochten. Das Erfordernis einer obervormundschaftlichen Genehmigung zu Veräußerungen des Vormundes erschien hier entbehrlich, weil diese nur relativ wirksam waren; denn der Mündel hatte, nachdem er mündig geworden war, die Möglichkeit, die für sein Vermögen nachteiligen Rechtsgeschäfte innerhalb einer bestimmten Frist zu widerrufen.[1])

Nach der Uebernahme des römischen Rechts in Deutschland erfolgte eine Verschmelzung der römischrechtlichen und deutschrechtlichen Grundsätze, die ihren Niederschlag in den Reichspolizeiordnungen von 1548 und 1577 fanden. Hierin wurde das Vormundschaftsrecht unter dem Gedanken, daß dem Staat die Obervormundschaft zustehe, eingehend geregelt. Die Vormundschaftsführung stellte man unter staatliche Aufsicht, deren Genehmigung der Vormund zu allen wichtigen Rechtshandlungen bedurfte. Er mußte in seinem Eide versprechen, „daß er die Güter nicht in seinem eigenen Nutzen kehren und wenden, noch dieselben ohne Vorwissen, Erkenntnus und Dekret der Obrigkeit veräußern, verpfänden oder beschweren werde".[2]) Trotzdem war die Stellung des Vormundes eine selbständigere als im römischen Recht zur Zeit Justinians.

III. Die ältere preußische Gesetzgebung schloß sich in der Hauptsache dem gemeinen Recht an.

Dagegen nahm das Allgemeine Landrecht dem Vormund fast jede Selbständigkeit, indem es ihn nicht als Privatverwalter fremden Vermögens betrachtete, sondern als Bevollmächtigten und Beamten des Staates. Der Vormund wurde dadurch ein untergeordnetes Organ des Vormundschaftsgerichts, dem die Leitung der Verwaltung und jede Entscheidung zustand. Zu allen erheblichen Rechtshandlungen bedurfte der Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Das Erfordernis der staatlichen Genehmigung beruhte aber grundsätzlich nur auf bloßer Ordnungsvorschrift und war nicht, wie früher, Voraussetzung für die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts.[3])

Aehnliche Rechtsgrundsätze wie das Allgemeine Landrecht vertraten der Code Civil, das österreichische Gesetzbuch, weimarische Gesetz vom 27. 3. 1872, die hamburgische Vormundschaftsordnung und das württembergische Notariatsgesetz vom

---

[1]) Kraut Bd. II § 43 S. 4 ff., § 44.
[2]) RPO. v. 1577 Tit. 32 § 3.
[3]) Dernburg, Vorm.-Recht S. 51; vergl. Plenarbeschl. des Obertribunals 13 S. 17.

14. 6. 1843. Im einzelnen war jedoch bei den Partikularrechten die Art der Geschäfte, die der staatlichen Genehmigung bedurften, sehr verschieden[1]) Dagegen forderten sie alle die Genehmigung nicht allein wie früher für dingliche Rechtsgeschäfte, sondern auch bei obligatorischen Verträgen und zur Prozeßführung.

Gegen die unselbständige Stellung des Vormunds und die übergroße Machtbefugnis des Vormundschaftsgerichts setzte schon sehr bald eine heftige Gegenströmung ein, deren Streben in mehreren Entwürfen aus den Jahren 1825, 1851 und 1870 zum Ausdruck kam.

Erst die preußische Vormundschaftsordnung vom 5. 7. 1875 brach mit den strengen Vorschriften des Allgemeinen Landrechts, indem sie im wesentlichen zu den durch die Praxis fortgebildeten gemeinrechtlichen Grundsätzen des Vormundschaftswesens zurückkehrte. Danach stand die Obervormundschaft dem Staate zu, der sie durch seine Vormundschaftsgerichte ausüben ließ, Die Vormundschaftsrichter, die die Angelegenheit der Mündel früher kollegialisch behandelten, wurden Einzelrichter. Von grundlegendem Unterschied gegenüber dem Allgemeinen Landrecht ist aber die im wesentlichen selbständige Stellung, die das neue Recht dem Vormund schuf. Die Tätigkeit des Vormundschaftsrichters beschränkt sich in der Hauptsache auf eine die Gesetz- und Pflichtmäßigkeit der vormundschaftlichen Verwaltung sichernde Aufsicht. Nur zur Vornahme ganz bestimmter Rechtsgeschäfte benötigte der Vormund noch der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, ohne deren Erteilung der Rechtsakt ungültig war.[2])

IV. Die preußische Vormundschaftsordnung hat dem Bürgerlichen Gesetzbuch zum Vorbild gedient. Dieses hat auch die alten Rechtsgrundsätze im wesentlichen übernommen. Es hat eine größere Sicherung des Mündelvermögens dadurch herbeigeführt, daß es die Fälle, in denen die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu Rechtsgeschäften des Vormundes erforderlich ist, erweitert hat.[3])

---

[1]) Vergl. Motive Bd. III z. BGB.

[2]) Kipp, Familienrecht § 100, S. 410; Dernburg, Preuß. Privatrecht III Bd. §§ 73, 74.

[3]) Kipp, Familienrecht S. 411.

2. Abschnitt.

Die Bedeutung und das Vorkommen des Ausdrucks „Genehmigung" im Bürgerlichen Gesetzbuch.

I. Der Ausdruck „Genehmigung" wird im Rechtsleben, insbesondere im Bürgerlichen Gesetzbuch, in verschiedenem und durchaus mannigfachem Sinne gebraucht. Er bedeutet grundsätzlich die nachträglich erteilte Zustimmung eines Dritten, einer Privatperson, zu einem ohne die erforderliche Befugnis vorgenommenen Rechtsakt (§ 177 ff, §§ 182–185 BGB.). Aber man versteht darunter auch einen behördlichen Verwaltungsakt, der als gesetzlich notwendige Zustimmung zu der Handlung eines Rechtssubjekts hinzutreten muß, damit diese Rechtswirksamkeit erlangt.

So bedürfen einerseits z. B. die beschränkt Geschäftsfähigen zu dem Abschluß von Rechtsgeschäften, durch die sie nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erwerben, der Genehmigung ihrer gesetzlichen Vertreter.[1])

Auch zur Schuldübernahme, die der Schuldner mit dem Dritten vereinbart, ist Genehmigung erforderlich, und zwar von Seiten des Gläubigers (§ 415 BGB).

Genehmigung ist ferner notwendig seitens des Berechtigten zur Verfügung über eigene Rechte, die mit den Rechten dritter Personen belastet sind.[2])

Endlich bedürfen gewisse Verfügungen des Vorerben der Genehmigung des anwartschaftsberechtigten Nacherben (§§ 2113 ff, 2130 ff).

II. Andererseits schreibt das BGB. auch behördliche Genehmigungen vor. Die Genehmigung einer Behörde zu der Rechtshandlung einer Privatperson ist unter anderem diejenige des § 80 BGB. Danach ist zur Entstehung einer rechtsfähigen Stiftung außer dem Stiftungsgeschäft die Genehmigung des Landes erforderlich, in dessen Gebiet die Stiftung ihren Sitz haben soll.

---

[1]) §§ 107 ff.; 131 Abs. 2, 1304, 1331, 1337, 1437 Abs. 2; 1751, 2275 Abs. 2 BGB.

[2]) §§ 876, 880 Abs. 3, 1071, 1028, 1245 Abs. 1; 1255 Abs. 2; 1276, 1283 Abs. 1.

Staatlicher Genehmigung bedarf es ferner zur Ausgabe von im Inland ausgestellten Schuldverschreibungen auf den Inhaber, in denen die Zahlung einer bestimmten Geldsumme versprochen wird (§ 795 BGB.). In Uebereinstimmung mit Kormann, a. a. O. S. 13, der eine grundlegende Untersuchung des Begriffs „Verwaltungsakt" vorgenommen hat, wird unter Verwaltungsakt jede Verrichtung der staatlichen Verwaltung verstanden. Hierbei bedeutet „Verrichtung" jedes aktive und passive Verhalten der staatlichen Verwaltung, und das Wort „Verwaltung" umfaßt sowohl die Rechtsprechung wie auch die eigentliche Verwaltung. Hiergegen wendet sich Stier-Somlo, dem dieser Begriff zu weit gefaßt ist (H. d. R. Bd. 6 S. 578).

Nach der rechtlichen Natur der Verwaltungsakte unterscheidet Kormann mit Recht vier Gruppen: 1. die privatrechtlichen Akte, wie z. B. der Kaufvertrag einer Verwaltungsbehörde mit einem privaten Dritten. Die Vorschriften über den Abschluß dieses Vertrages sind durchaus privatrechtlicher Natur, ebenso die Wirkungen des Vertrages. Die Akte tragen deshalb privatrechtlichen Charakter. 2. Die rein tatsächlichen Akte, worunter z. B. die tatsächliche Festnahme des Verbrechers zu rechnen ist, die ihrerseits scharf zu trennen ist von dem ihr zu Grunde liegenden Haftbefehl. Weitere Beispiele bilden die Tötungen von Tieren nach dem Viehseuchengesetz, die Vornahme der Ausästung durch die Telegraphenverwaltung (Tel.-Wege-G. § 4 Abs. 2). Nicht ganz mit Unrecht sagt Gareis, S. 184, daß diese Akte ohne alles juristische Interesse seien. Indessen können sich an sie, wie Kormann richtig hervorhebt, staatliche Entschädigungspflichten knüpfen. 3. Zwischen der letzteren Gruppe und der der rechtsgeschäftlichen Akte steht die Gruppe der rechtshandlungsmäßigen Verwaltungsakte, so genannt, weil der Begriff dem der Rechtshandlung im Privatrecht entspricht. Hierhin gehören die Beurkundungen und die Mitteilungen, Eröffnungen, Bekanntgabe und Zustellungen, die erforderlich sind zum Wirksamwerden verwaltungsrechtlicher Rechtsgeschäfte (vgl. auch Manigk. H. d. R. Bd. 6 S. 309). 4. Die wichtigste Gruppe bilden die rechtsgeschäftlichen Verwaltungsakte, d. s. die Verwaltungsakte im eigentlichen Sinn oder wie sie Kormann bezeichnet: die amtlichen publizistischen Rechtsgeschäfte (S. 21) im Gegensatz zu den nichtamtlichen publizistischen Rechtsgeschäften. Wenn deshalb im folgenden von Verwaltungsakten die Rede ist, so sind darunter in erster Linie die rechtsgeschäftlichen Verwaltungsakte zu verstehen. Aus der größeren Zahl der Beispiele mögen hier einige kurz Erwähnung finden: Die Enteignung, die Ernennung und Entlassung der

Beamten, die Ehelichkeitserklärung, die Erteilung der Konzession.

In diese Gruppe ist auch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einzugliedern, deren der gesetzliche Vertreter zu gewissen für den Pflegebefohlenen abgeschlossenen Rechtsgeschäften bedarf.[1]) Hier verwendet das Gesetz einen anderen Sprachgebrauch als bei der eingangs erwähnten Genehmigung des § 184 BGB.[2]) In den §§ 182, 185 hat das BGB. die Zustimmung Dritter zu einem Vertrage oder einseitigen Rechtsgeschäft geregelt. Dabei ist scharf unterschieden zwischen der „Einwilligung" (§ 183) als der vorherigen Zustimmung und der „Genehmigung" (§ 184), die dem zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäft nachfolgt. Im Gegensatz hierzu nennt das Bürgerliche Gesetzbuch die nach den §§ 1643, 1812 ff, 1819 ff erforderliche Zustimmung des Vormundschaftsgerichts stets „Genehmigung" ohne Rücksicht darauf, ob sie dem Hauptgeschäft vorausgeht oder ihm nachfolgt.[3])

Der Begriff der Genehmigung im Vormundschaftsrecht ist also ein weiterer als derjenige im allgemeinen Teil. Dies ist zwar nicht im Gesetz ausdrücklich bestimmt, ergibt sich aber aus dem Gesetz, da es von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts dessen nachträgliche Genehmigung unterscheidet (§§ 1829, 1830 BGB.). Daß diese Terminologie nicht zufällig ist oder gar auf einem Redaktionsversehen beruht, ergeben die Protokolle[4]): „Der Anregung, eine gleiche Unterscheidung – von „Einwilligung" und „Genehmigung" – auch für die Fälle zu machen, in welchen die Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts zu dem Abschluß eines Rechtsgeschäfts gesetzlich vorgeschrieben sei, gab die Mehrheit nicht Folge.

Erwogen wurde: Wenn das Vormundschaftsgericht in den gesetzlich vorgeschriebenen Fällen bei dem Abschluß eines Rechtsgeschäfts des Vormundes mitwirke, so gebe es keine rechtsgeschäftliche Erklärung ab, sondern nehme einen obrigkeitlichen Akt vor.

Es sei dagegen nicht nötig, hier die gleiche terminologische Unterscheidung wie im allgemeinen Teil zu machen."

---

[1]) §§ 1643, 1821 bis 1825, 1902, 1728, 1729, 1751, 1770 BGB. § 646 ZPO.

[2]) Vergl. Schilgen S. 74 § 102; Mathiaß Bd. II § 118; Planck Bd. I Vorbemerkung zu Tit. 6; Bd. IV Vorbemerkung Nr. 3 zu §§ 1821 bis 1832.

[3]) Prot. IV S. 799; Staudinger Bd. I Bem. 2 zu § 182; Weyl in Bay. Rpfl. Z. 1908 S. 53 ff.

[4]) Bd. IV, S. 799.

3. Abschnitt.

Die drei Fälle der Genehmigung des Vormundschaftgerichts.

I. Die vormundschaftsgerichtl. Genehmigung zeigt sich in drei Erscheinungsformen. Die wichtigste ist die Genehmigung als Essentiale der Wirksamkeit von Rechtsgeschäften. Die Vertretungsmacht des Vormundes ist grundsätzlich unbeschränkt,[1]) d. h. er vermag den Mündel selbständig durch Rechtsgeschäfte zu berechtigen und zu verpflichten, soweit nicht im Gesetz ausdrücklich ein anderes bestimmt ist. Für diese durch den Vormund eingegangenen Verbindlichkeiten haftet der Mündel unbeschränkt ohne Rücksicht darauf, ob die Eingehung der Verbindlichkeit in seinem Interesse lag oder nicht. Im letzteren Fall ist dem Mündel höchstens ein Anspruch wegen schuldhafter Verletzung der Amtspflicht des Vormundes gegeben, der sich jedoch im Falle seiner Vermögenslosigkeit als nudum jus darstellt. Um die Stellung des Mündels zu sichern, hat das Gesetz für eine Anzahl besonders wichtiger Geschäfte ihm einen absolut wirksamen Schutz verliehen. Der Gesetzgeber bringt dies zum Ausdruck durch die folgende Fassung: „Der Vormund kann nicht ohne Genehmigung des Vormundschaftsgericht ......" (§§ 1821, 1822) oder „Der Vormund kann nur mit Genehmigung des Gegenvormundes verfügen ...." (§ 1812). Durch diese Bestimmungen wird die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bezw. des Gegenvormundes zu einem Faktor der gültigen Vornahme des Rechtsgeschäfts gemacht; dem Vormund ist das „rechtliche Können" zu dessen selbständiger Vornahme entzogen.[2]) Fehlt also diese Genehmigung, so wird der Mündel aus dem Rechtsgeschäft weder berechtigt noch verpflichtet.

II. Die zweite Unterart bildet die durch bloße Ordnungsvorschrift gebotene Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu Rechtsgeschäften die vom gesetzlichen Vertreter bezw. vom Mündel vorgenommen werden. In den §§ 1810, 1823 ist be-

---

[1]) Vergl. Motive Bd. IV. S. 1153.
[2]) Breit, S. 393.

stimmt: „Der Vormund *soll* die Anlegung von Mündelgeld im Falle ein Gegenvormund nicht vorhanden ist nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bewirken" oder „Der Vormund *soll* nicht ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ein neues Erwerbsgeschäft im Namen des Mündels beginnen." Nach der streng durchgeführten Terminologie des Gesetzes gibt der Gebrauch des Wortes „soll" einer Norm den Charakter einer sog. Soll- oder Ordnungsvorschrift. Die Verletzung des Gebotes ist — unbeschadet etwaiger sonstiger Folgen — ohne Bedeutung für den vollzogenen Rechtsakt, d. h. sie berührt nicht die volle Gültigkeit des vorgenommenen Rechtsgeschäfts. Der Gesetzgeber gibt mit der Ornungsvorschrift dem Vormund Direktiven wie er seine Verwaltung führen, insbesondere welche Geschäfte er eingehen und welche er nicht vornehmen soll. Sie wendet sich nur an den Vormund, hat aber nach außen keinerlei Wirkung. Treffend bezeichnet deshalb v. Blume[1]) mit Rücksicht auf den internen Charaker diese Art der Genehmigung als Innengenehmigung, während er im Gegensatz hierzu diejenige der §§ 1812, 1821, 1822 — die bereits oben Erwähnung gefunden hat — Außengenehmigung nennt. Der Rechtscharakter der Innengenehmigung bringt es mit sich, daß Dritte, auch Behörden, nicht berechtigt sind, nach dem Vorhandensein dieser Vorschrift zu forschen. Legt z. B. der Vormund Mündelgeld nach § 1807 Abs. 1 Zff. 1 in Hypotheken an, so kann der Grundbuchbeamte die Eintragung nicht deshalb verweigern, weil ihm die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht nachgewiesen wird. Das ist nicht nur die notwendige Folge der Natur dieser Genehmigung, sondern es entspricht auch allein den Interessen des Mündels.

III. Schließlich verbleibt noch die Erörterung der von Breit[2]) benannten „Ersatzgenehmigung". Hierunter sind alle die Fälle einzuordnen, in denen das Vormundschaftsgericht berechtigt ist, die zu einer Handlung erforderliche Zustimmung einer Person, mag sie als Einwilligung, Genehmigung oder Ermächtigung bezeichnet werden, bei grundloser Weigerung zu „ersetzen". Es bedarf z. B. der beschränkt Geschäftsfähige zur Eingehung einer Ehe der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters. Ist dieser ein Vormund, so kann die Einwilligung, wenn sie von ihm verweigert wird, auf Antrag des Mündels durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden. Weitere Bei-

---

[1]) v. Blume. Das Vormundschaftsrecht des BGB. Anm. 5 zu § 1828; Jh. Jahrb. Bd. 48 S. 426 ff.

[2]) Breit, S. 391.

spiele dieser Art bilden die §§ 113, 1337, 1379, 1402, 1451, 1727.[1]) Diese Fälle gehören in erster Linie dem ehelichen Güterrecht an, weniger dagegen dem materiellen Vormundschaftsrecht. Da die Ersatzgenehmigung wie die Außengenehmigung dem in Frage stehenden Rechtsgeschäft zur Wirksamkeit verhilft, so hat es den Anschein als seien beide wesensgleich. Trotzdem besteht zwischen ihnen ein grundlegender Unterschied, denn die Ersatzgenehmigung ist bloßes Surrogat einer privaten Zustimmungserklärung, während die Außengenehmigung eine selbständige Voraussetzung für die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts darstellt, die im Einzelfalle stets erforderlich sein muß und vom Gesetz allein und an erster Stelle gefordert wird.

Aufgabe der Arbeit soll es nicht sein, neben der Außengenehmigung auch die Innen- bezw. Ersatzgenehmigung einer Untersuchung auf ihre Rechtsnatur zu unterziehen. Sedes materiae ist vielmehr nur die Genehmigung in den §§ 1821, 1822 BGB. (Außengenehmigung). Diese Vorschriften sind gefaßt mit Rücksicht auf die Vertretung durch einen Vormund als Regelfall. Der Umfang der genehmigungsbedürftigen Geschäfte erleidet jedoch eine ganz erhebliche Einschränkung, wenn der Inhaber der elterlichen Gewalt der gesetzliche Vertreter ist (§ 1643).

Die Materie hat ihre Regelung in den §§ 1828 bis 1831 BGB. und in dem Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gefunden.

Im folgenden soll daher unter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nur die Außengenehmigung verstanden werden.

---

[1]) Vergl. Breit S. 391, der weitere Beispiele angeführt.

4. Abschnitt.

Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung als Rechtsgeschäft.

I. Das Wesen des Rechtsgeschäfts.

Wie in der Einleitung erwähnt, wird die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung von einem Teil der Schriftsteller als Rechtsgeschäft aufgefaßt, während andere sie als einen obrigkeitlichen Akt betrachten. Eine eingehende Erörterung hat diese Frage in der Literatur nicht gefunden. Während beachtenswerte Lehrbücher und Kommentare die Streitfrage überhaupt nicht berühren, finden sich in den Hauptwerken der Literatur hierüber an den einschlägigen Stellen nur kurze Ausführungen.

Zunächst soll in die Erörterung der privatrechtlichen Auffassung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung eingetreten werden. Zur Beantwortung der Frage, ob die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ein Rechtsgeschäft ist oder zum mindesten rechtsgeschäftlichen Charakter trägt, ist es notwendig, von dem Begriff des Rechtsgeschäfts auszugehen. Diese umfassende und an Streitfragen reiche Materie kann jedoch hier nur insoweit behandelt werden, als sie für die Untersuchung der Rechtsnatur der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung erforderlich ist.

Die Tatsachen, an welche die Rechtsordnung privatrechtliche Rechtswirkungen knüpft, können rein objektive Naturtatsachen wie z. B. die Trockenlegung eines Flußbettes, der Ablauf einer Frist oder aber menschliches Verhalten sein. Bei letzterem unterscheidet man wieder Tatsachen des Seelenlebens (Wissen, Kennen, Nichtswissen) und äußere Tatsachen. Ist eine Rechtswirkung an ein durch den Willen bestimmtes äußeres menschliches Verhalten geknüpft, so spricht die Rechtslehre von juristischen Handlungen. Das menschliche Tun und Unterlassen kann ein Delikt oder ein erlaubtes rechtsmäßiges Handeln sein. Unter den rechtsmäßigen Handlungen tritt als Gegenstand besonderer Regelung die Gruppe der Rechtsgeschäfte hervor.

Der Name des Rechtsgeschäfts[1]) ist noch nicht viel über 100 Jahre alt, also ein Produkt der modernen Systematik. Er

[1]) Vergl. die bei Planck angeführte Literatur.

wurde zuerst von Hugo (1805) in die juristische Terminologie eingeführt.[1]) Im gemeinen Recht war die Berechtigung des Begriffes sowie seine Abgrenzung Gegenstand lebhaften Streites, der insbesondere auch darum ging, ob bei den Rechtsgeschäften die Rechtsfolgen infolge des objektiven Rechts oder auf Grund des Willens der Parteien eintreten. Zutreffend führt Windscheid hierzu aus: „Man wird aber bei dem Streit über den Begriff des Rechtsgeschäfts nichts vergessen dürfen, daß dieser Begriff ein rechtswissenschaftlicher Begriff ist, d. h. ein Begriff, den die Rechtswissenschaft zu dem Zweck aufgestellt, und daß daher jeder, welcher an der rechtswissenschaftlichen Arbeit teilnimmt, befugt ist, diesen Begriff zu gestalten, wie er es für zweckmäßig hält, vorausgesetzt, daß er in der Bezeichnung der zusammengefaßten Denkelemente mit dem Ausdruck Rechtsgeschäft nicht sprachwidrig wird. Genau genommen sollte man daher nicht sagen: Rechtsgeschäft ist das und das, sondern: unter Rechtsgeschäfte verstehe ich das und das." Dieser Ausspruch, so passend er für das Pandektenrecht war, hat seine Berechtigung verloren, seitdem das BGB. sich des Kunstausdrucks „Rechtsgeschäft" bemächtigt hat und dadurch diesen Begriff zu einem gesetzlichen gestaltet hat. Freilich ist damit die Rechtswissenschaft nicht der Notwendigkeit enthoben worden, sich auch weiterhin mit ihm zu beschäftigen;[2]) denn so oft auch das BGB. sich seiner bedient,[3]) so hat es sich jedoch jeder Legaldefinition des Rechtsgeschäfts enthalten.[4])

In m. E. richtiger Erkenntnis bestimmt Manigk[5]) diesen Begriff, indem er sagt: „Die Rechtsgeschäfte sind vom objektiven Rechte normierte juristische Handlungen, durch die der Parteiwille seinem Interesse dienende privatrechtliche Wirkungen verursachen kann." Das objektive Recht gibt also durch das Rechtsgeschäft den Parteien Mittel an die Hand, um die von ihm (objektiven Recht) in Aussicht gestellten Wirkungen hervorzurufen. Die Rechtsgeschäfte bilden einen Unterschied zu anderen

---

[1]) Vergl. Pernice in Grünhut's Zeitschr. 7, 465 ff.

[2]) Windscheid, Wille und Willenserklärung 1878.

[3]) Vergl. die Nachweise in dem Wortverzeichnis des BGB. von Gradenwitz S. 124.

[4]) Vergl. Manigk, H. d. R. Bd. 6 S. 308, der treffend ausführt, daß es sich jetzt nur noch darum handle, das Anwendungsgebiet der Vorschriften, die das BGB. für die Rechtsgeschäfte gebe, zu umgrenzen, in dem dadurch der diesen Vorschriften des Dritten Abschnittes des Ersten Buches zu Grunde liegende gesetzliche Begriff des Rechtsgeschäfts gewonnen werde.

[5]) Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte S. 19.

juristischen Handlungen dadurch, daß sie dem Interesse der Partei dienstbar sind. Das wesentlichste Erfordernis des Rechtsgeschäfts, das sich aus dessen Zweck (Erzielung von Rechtswirkungen) ergibt, ist danach der von dem Handelnden gewollte Eintritt der Rechtswirkungen. Gerade das Fordern des Erfolgswillens macht das Rechtsgeschäft zu einem dienstbaren Mittel in der Hand des Menschen. Mit Recht bemerkt Manigk[1]) hierzu, daß auf diesem Zweck des Rechtsgeschäfts, ein Werkzeug in der Hand der Parteien zu sein, allein der Begriffsinhalt des Rechtsgeschäfts aufzubauen sei. Was jenem Zwecke diene, aber auch nur dieses, gehöre zu dem Begriff des Rechtsgeschäfts als solchem. Es ergebe sich, daß lediglich der Wille zum Rechtserfolg im Begriff verlangt werden dürfe, wenn eine juristische Handlung sich als Werkzeug zur Bewirkung von Rechtserfolgen darstellen solle. Aus dem Zwecke des Rechtsgeschäfts folgt keineswegs das von der herrschenden Lehre aufgestellte Erfordernis, daß jedes Rechtsgeschäft eine Willenserklärung sein müsse. „Der Erfolgswille allein, nicht seine Erklärung ist dem Rechtsgeschäft essentiell"[2]); zu der gleichen Ansicht kommt Brinz[3]), wenn er ausführt, daß ohne den auf den rechtlichen Effekt der Handlung gerichteten Willen kein Rechtsgeschäft denkbar sei. Sehr wohl sei dieses aber denkbar ohne Erklärung des Willens. Damit setzt sich Brinz ebenso wie Manigk im Gegensatz zur herrschenden Lehre[4]), die jedes Rechtsgeschäft als Willenserklärung ansieht. Die Vertreter dieser Ansicht gehen davon aus, daß durch den inneren Willen allein keine Rechtswirkungen erzeugt werden können. Das Privatrecht als praktisches Verkehrsrecht könne nur im Innern des Menschen existierende Tatsachen nicht zu rechtlich erheblichen oder gar wirksamen Tatsachen machen. Wie Manigk[5]) hierzu treffend ausführt, trifft diese Ansicht nur auf Verträge zu, wo jedem Handelnden noch ein Gegner gegeben ist, an den er seinen Willen mitzuteilen hat und ferner auf diejenigen einseitigen Rechtsgeschäfte, die außer der eigenen Rechtssphäre des Handelnden noch eine fremde berühren wie Auslobung, Kündigung, Testament usw. Bei diesen Rechtsgeschäften muß der Handelnde freilich seinen Erfolgswillen offenbaren. Die Vertreter der Gegenansicht übersehen

---

1) A. a. O. S. 20.
2) Manigk a. a. O. S. 20.
3) Pandekten IV. Bd. § 563 S. 265.
4) Vergl. Planck Bd. I Vorbem. z. III. Abschn.; Crome § 71; Mathiaß, Bd. I § 46; Staudinger Bd. I Vorbem. zum dritten Abschn. Dernburg Bd. I S. 326 ff.
5) A. a. O. S. 24.

aber, daß auch einseitige Rechtsgeschäfte bestehen, die außer der Rechtssphäre des Handelnden keine andere mehr berühren und deshalb ohne Erklärung des Willens vorgenommen werden wie Okkupation und Dereliktion[1]). Aufgabe der Begriffsbestimmung aber ist es, eine Norm für alle Rechtsgeschäfte aufzustellen und nicht allein für die oben erwähnte spezielle Art der Verträge und äußerungsbedürftigen einseitigen Rechtsgeschäfte. Im übrigen verlangt auch Manigk, daß der Rechtserfolgswille nicht innerlich geblieben, sondern zu realem Verhalten geführt habe (Willensgeschäfte).

Der Rechtsgeschäftsbegriff verlangt als wesentliches Erfordernis, daß als handelnde Teile stets Privatpersonen auftreten müssen, die selbständig ihre Angelegenheiten ordnen.[2]) Falls zur Vornahme des Rechtsgeschäfts eine Willenserklärung abzugeben ist, muß diese demnach eine „private" sein. Dagegen sind behördliche Akte, auch wenn sie mit privatrechtlichen Folgen verbunden sind — wie z. B. die Ehelichkeitserklärung — nicht zu den Rechtsgeschäften zu zählen.[3]) Dies folgt aus ihrem öffentlich-rechtlichen Charakter, demzufolge sie sich als Ausfluß der den Privatrechtsträgern übergeordneten Staatsgewalt[4]) darstellen.[5])

---

[1]) Ebenso Manigk a. a. O. S. 24.

[2]) Vergl. Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, S. 18; Menzel, Die Arbeiterversicherung nach österreichischem Recht S. 111 f.

[3]) Ebenso Kormann, a. a. O., S. 18, wo er ausführt, daß er die Begriffsbestimmung für das Rechtsgeschäft des BGB. auch für das publizistische Rechtsgeschäft verwendet mit der Maßgabe, daß ein Rechtsgeschäft als privatrechtlich zu kennzeichnen sei, wenn der Erklärende die Willenserklärung als Träger privater Rechte und Pflichten abgebe, als publizistisch aber, wenn er sie als Träger öffentlicher Rechte und Pflichten abgebe. Auf einem gleichen Standpunkt steht Manigk (H. d. R. Bd. 6 S. 308) wenn er behauptet, die Rechtsgeschäfte des Privatrechts dienen der Gestaltung privatrechtlicher Verhältnisse durch Privatpersonen. Rechtsgeschäfte des öffentlichen Rechts dienen der Gestaltung öffentlichrechtlicher Verhältnisse durch Behörden und öffentliche Organe. S. aber auch W. Jellineks Verwaltungsrecht u. oben a. a. O.

[4]) Vergl. Dernburg Bd. I S. 330.

[5]) Damit soll jedoch nicht gesagt sein, daß die Handlung eines Beamten, der als Organ des Staates tätig wird, immer dem öffentlichen Recht angehöre. Das moderne Recht hat den Standpunkt verlassen wonach alles das, was der Staat tut, eben weil er es tut, öffentlichrechtlichen Charakter trägt. Ebenso unrichtig ist auch die umgekehrte Folgerung, daß nur der Staat Träger öffentlicher Rechte und Pflichten sein könne. Auch Rechte und Pflichten des Einzelnen können über den rein privatrechtlichen Charakter hinausgehen und einen öffentlich-rechtlichen annehmen wie z. B. das Wahlrecht, der Gehaltsanspruch des Beamten und die Pflicht des Vormundes dem Staat gegenüber.

II. Die Stellung der Literatur.

Namhafte Autoren sowie die Rechtsprechung wollen die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung diesem Rechtsgeschäftsbegriff untergeordnet wissen. Jedoch bezeichnen die Vertreter dieser Ansicht die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht direkt als eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern legen ihr vielmehr den Charakter eines Rechtsgeschäfts bei.

Die Anhänger dieser Richtung stützen sich dabei in erster Linie auf die Entscheidung des Reichsgerichts vom 7. 1. 1890 (RG. 25,281) sowie auf die Motive zum BGB. die zu dieser Frage folgendes besagen[1]): „Da die zu einem Rechtsgeschäft erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts insofern, als sie die Vertretungsmacht des Vormundes zu beschränken bezweckt, denselben Charakter hat, wie die zu einem Rechtsgeschäft des Mündels erforderliche Einwilligung oder Genehmigung des Vormundes, so muß die Analogie dahinführen, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts im Prinzip und im allgemeinen dieselbe rechtliche Bedeutung beizulegen, welche nach den Vorschriften des § 65 Abs. 3—6 (heute §§ 107, 108) der Einwilligung bezw. der Genehmigung des Vormundes zu einem Rechtsgeschäft des Mündels zukommt. cfr. auch preußische Vormundschaftsordnung § 46."

Ebenso führt Fuchs[2]) aus, daß die zu einem Rechtsgeschäft erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts insofern als sie die Vertretungsmacht des Vormundes zu beschränken bezwecke, denselben Charakter habe, wie die zu einem Rechtsgeschäfte des Mündels erforderliche Einwilligung oder Genehmigung des Vormundes. Dem entspreche es, wenn der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vom BGB. im Anschluß an die preuß. Vormundschaftsordnung im allgemeinen dieselbe Bedeutung beigelegt werde, welche der Genehmigung des Vormundes zu einem von dem Mündel ohne seine Einwilligung geschlossenen Rechtsgeschäfte zukomme.

Dieser Auffassung schließt sich Singer[3]) an, wonach die obervormundschaftliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, soweit es sich um Rechtsgeschäfte handele, dieselbe Bedeutung habe wie die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters zu einem Rechtsgeschäft.

---

[1]) Band IV S. 1153.

[2]) Fuchs, Das Deutsche Vormundschaftsrecht unter Gegenüberstellung des preuß. Vormundschaftsrechts und unter Berücksichtigung des Gesetzes über die Angelegenheiten der Fr. Gerichtsbarkeit S. 43.

[3]) Die Verrichtungen des Vormundschaftsgerichts und des Nachlaßgerichts S. 52.

Einen im Ergebnis ähnlichen Standpunkt vertritt ferner Wohlwill[1]). Er geht davon aus, daß die Genehmigung des Gegenvormundes nach § 1832 BGB. ebenso wie die des Vormundschaftsgerichts zu behandeln sei. Es entspreche deshalb dem Geiste des BGB. die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts wie ein Rechtsgeschäft anzusehen.

Wenn Böhm[2]) die Auffassung vertritt, daß dem Vormundschaftsgericht eine Vertretung des Mündels nicht zustehe, so erblickt er gleichwohl in der Genehmigung des Gerichts einen rechtsgeschäftlichen Akt, eine Ansicht, der sich Schulzenstein[3]) und in der Hauptsache auch Zürn[4]) anschließen.

Nach Endemann[5]) hat die Genehmigung eine doppelte Rechtsnatur. Sie sei einmal eine nach Gründen der Zweckmäßigkeit abzuwägende verwaltungsrechtliche Verfügung, die insoweit nach § 18 FGG. zunächst der freien Abänderung, des Vormundschaftsgerichts unterliege. Insofern jedoch die Genehmigung die gerichtliche Erteilung der zu einem Vertragsschlusse kraft Gesetzes erforderlichen Vertretungsmacht enthalte, bedeute sie die zivilrechtliche Ermächtigung oder Mehrung der Verfügungs- und Verpflichtungsfähigkeit des Vormundes, und als solche bilde sie einen wesentlichen Bestandteil des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes. Der genehmigungspflichtige Vertrag weise eine sukzessive Entstehung auf; es sei erforderlich, daß zu der vertraglichen Einigung zwischen dem Vormunde und dem Dritten noch die ergänzende Zustimmung des Vormundschaftsgerichts hinzukomme. Da beide Vertragschließende mit diesem Erfordernis als einem zwingenden rechnen müßten, trete die Perfektion des Vertrages erst ein, wenn die obervormundschaftliche Genehmigung dem Dritten zugegangen und damit ihm gegenüber als Vertragsbestandteil wirksam geworden sei.

Dieser Ansicht tritt im wesentlichen Dernburg[6]) bei, der ausführt, daß das Vormundschaftsgericht bei der Genehmigung zwar nicht als Vertreter des Mündels handele, sondern diese vielmehr in seiner amtlichen Eigenschaft erteile. Dennoch bilde die Genehmigung ein Stück des genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfts.

---

[1]) Die Genehmigung nach BGB. Rostock Diss. 1902 S. 72 ff.

[2]) Das Vormundschaftsrecht des BGB. II. Aufl. S. 125.

[3]) Die Vormundschaftsordnung v. 5. 7. 1875 in Busch's Zeitschr. f. den Deutschen Zivilprozeß S. 111.

[4]) Das Preuß. Vormundschaftsrecht im Gebiete des Allgemeinen Landrechts S. 96, 99.

[5]) § 214 S. 470.

[6]) Familienrecht § 118 V.

Auch Josef[1]) weist darauf hin, daß das Rechtsgeschäft sich aus der Erklärung des Vormundes und des Vormundschaftsgerichts zusammensetze, die zusammengenommen nach Breit[2]) eine „ideale Einheit" bilden.

Im Anschluß an Endemann sieht der Kommentar der Reichsgerichtsräte[3]) wohl in der Erteilung der Genehmigung eine obrigkeitliche Handlung. Diese stelle sich aber als eine für bestimmte Rechtshandlungen vorgeschriebene Mitwirkung des Vormundes und somit als ein dem Gebiet des Privatrechts angehöriges Rechtsgeschäft dar, das in und mit der vom Vormunde dem Dritten gegenüber abzugebenden Willenserklärung zur Wirksamkeit gelange.

III. Der Stand der Rechtsprechung.

Das Reichsgericht nimmt zur Frage der rechtlichen Natur der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung erstmals in seiner Entscheidung vom 7. 1. 1890[4]) Stellung. Obwohl diese unter der Herrschaft der preußischen Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 ergangen ist, bedarf sie trotzdem der Erörterung, da sie für die Behandlung des Problems vom Standpunkt des BGB. nicht ohne Bedeutung ist. Das Reichsgericht geht dabei von der Bestimmung des § 46 preuß. VO. aus, wonach eine ohne die erforderliche Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts abgeschlossenes Rechtsgeschäft die selbe Wirksamkeit habe wie von einem Mündel, welcher sich nur mit Genehmigung des Vormundes verpflichten könne, ohne die Genehmigung des Vormundes abgeschlossenes Rechtsgeschäft. Weil der Mündel selbst der Handelnde sei, liege in der Genehmigung des Vormundes eines vom Mündel selbst vorgenommenen Rechtsgeschäfts keine Vertretung des Mündels. Aber indem das Gesetz die volle Rechtswirksamkeit des vom Mündel vorgenommenen Rechtsgeschäfts von der Genehmigung des Vormundes abhängig mache, lege es dieser Genehmigung die Bedeutung eines rechtsgeschäftlichen Aktes bei. Messe aber die Vormundschaftsordnung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bezw. des Gegenvormundes dieselbe Bedeutung bei wie sonst der fehlenden Genehmigung des Vormundes, so sei auch der Schluß nicht von der Hand zu weisen, daß gleichfalls die erteilte Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bezw. des

[1]) Seuff. Bl. 1912, 315.
[2]) Breit, S. 595.
[3]) § 1821 Anm. 1.
[4]) RG. 25, 281.

Gegenvormundes in den vorgenannten Fällen dieselbe Bedeutung habe, wie sonst die erteilte Genehmigung des Vormundes, nämlich eines rechtsgeschäftlichen Aktes. Dies sei umso mehr anzunehmen, weil der § 42 preuß. VO. — welche die Rechtsgeschäfte aufzählt, zu denen die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich ist — sich nicht in dem Abschnitt III über die Beaufsichtigung der Vormundschaft, sondern in dem von der Führung der Vormundschaft handelnden Abschnitt II der Vormundschaftsordnung befinde.

Das Prinzip der Behandlung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nach rechtsgeschäftlichen Grundsätzen ist durch das Urteil des V. Zivilsenats vom 9. November 1901[1]), das allerdings auch dem alten Recht angehört, gebilligt worden.

Denselben Standpunkt nimmt das Reichsgericht auch in seiner späteren Entscheidung vom 8. Juli 1905 ein,[2]) die unter der Herrschaft des BGB. ergangen ist. Darin beruft es sich ausdrücklich auf das Urteil vom 9. November 1901 (RG. 50, 281), wo es bereits die Rechtssätze aufgestellt habe, daß die Vertretungsmacht des Vormundes bei Geschäften, zu deren Gültigkeit für den Mündel es der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedürfe, gesetzlich beschränkt sei, und daß der Vormund ohne die vom Gesetz angeordnete Ergänzung seiner Vertretungsmacht den Mündel nicht verpflichten könne. Das Urteil vom 9. November 1901 (RG. 50, 281) fuße zwar hauptsächlich auf § 42 der aufgehobenen preußischen Vormundschaftsordnung; es sei aber kein Grund dafür abzusehen, seine Rechtssätze nicht auch nach dem neuen Rechte anzuwenden.

Zur Bgründung ihrer Auffassung beziehen sich die Vertreter der rechtsgeschäftlichen Konstruktion weiterhin auf die Entscheidung der vereinigten Zivilsenate des Reichsgerichts vom 19. 5. 09,[3]) in der u. a. folgendes ausgeführt wird: „Endlich ist noch darauf hinzuweisen, daß rechtsgeschäftliche Handlungen, die das Vormundschaftsgericht innerhalb seiner Zuständigkeit selbst vornimmt, keiner anderen Beurteilung unterliegen können als rechtsgeschäftliche Handlungen des Vormundes oder Pflegers. Auch für sie gilt die Vorschrift des § 181 BGB., und ebensowenig wie das Vormundschaftsgericht dieser Vorschrift zuwider für die mehreren Mündel untereinander ein Rechtsgeschäft abschließen kann, ebensowenig kann es die Vornahme einem anderen Vertreter rechtsgeschäftlich (durch Vollmacht) gestatten.

[1]) RG. 50, 284.
[2]) RG. 61, 209.
[3]) RG. 71, 170.

Allerdings handelt das Vormundschaftsgericht, auch wenn es rechtsgeschäftlich den Mündel vertritt, als Behörde und erfüllt damit eine staatsamtliche Obliegenheit; allein das Rechtsgeschäft gehört dem Gebiete des Privatrechts an und untersteht deshalb in allen seinen Teilen den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches."

Auch das Kammergericht hat sich mit dieser Frage befaßt und sich dabei in seinem Beschluß vom 27. Juni 1892[1]), der allerdings noch für die preußische Vormundschaftsordnung ergangen ist, der Entscheidung des Reichsgerichts vom 7. 1. 1890 (RG. 25, 281) angeschlossen.

---

[1]) JKG. 12, S. 61, 62; ebenso 23 A. S. 175.

5. Abschnitt.

Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts als obrigkeitlicher Akt.

I. Der öffentlich-rechtliche Charakter des Vormundschaftsrechts.

Zu der vorerwähnten Ansicht steht die Mehrheit der Schriftsteller, die den rechtsgeschäftlichen Charakter der Genehmigung ablehnen und sie als obrigkeitlichen Akt auffassen, im scharfen Gegensatz.

Auch nach meiner Ansicht kann an der öffentlich-rechtlichen Natur der Genehmigung und damit zugleich an der Richtigkeit der Annahme, daß die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung sondern ein obrigkeitlicher Akt ist, kein Zweifel sein.

Dies geht schon daraus hervor, daß das Vormundschaftsrecht vorwiegend öffentlich-rechtlichen Charakter trägt.[1]) Hierfür bietet auch die geschichtliche Entwicklung wertvolle Anhaltspunkte. Dem alten römischen Vormundschaftsrecht, das auf familienrechtlichen Anschauungen beruhte, war ein Eingriff des Staates bei der Tätigkeit des Vormundes fremd. Jedoch bei der Wichtigkeit der Frage des Vormundschaftswesens nahm der Staat später ein Interesse daran. Seine Einmischung ging aber nicht über den Rahmen einer behördlichen Aufsicht hinaus, selbst nicht in der Zeit Justinians, in welcher die Mitwirkung der Obrigkeit zur Vornahme von Rechtsgeschäften am stärksten ausgebildet war. Mit der Einführung des staatlichen Aufsichtsrechts gewann das Vormundschaftsrecht an öffentlich-rechtlichem Charakter. Mit diesem Grundgedanken, der dem des deutschen Rechtes entsprach, vollzog sich die Aufnahme des römischen Rechts, die in den Reichspolizeiordnungen von 1548 und 1577 ihren Niederschlag fand.[2]) Eine grundlegende Aenderung

---

[1]) Endemann, Familienrecht § 211 S. 703; Bettsak, S. 383; Cosack S. 273; Crome § 587 Anm. 5 S. 591. Weyel S. 38; anderer Ansicht Mitteis § 21 S. 57; Spahn, S. 139.

[2]) Vgl. Blume, Familienrecht S. 4.

brachte das Allgemeine Landrecht, das dem Vormundschaftsrecht einen direkten öffentlich-rechtlichen Charakter verlieh. Nach ihm galt der Mündel als „Pflegebefohlener des Staates".[1]) Dem Vormundschaftsgericht lag die Leitung der Verwaltung ob, während der Vormund lediglich dessen ausführendes Organ „Bevollmächtigter des Staates" war. Mit dieser Vorherrschaft des Vormundschaftsgerichts wurde durch die preußische Vormundschaftsordnung gebrochen, die den Schwerpunkt der Verwaltung in die Hand des Vormundes zurücklegte, ein Grundsatz, dem auch im wesentlichen das BGB. folgte. Aus seiner Regelung des Vormundschaftswesens ist zwar zu entnehmen, daß es den Grundsatz der Selbständigkeit des Vormundes vertritt. Dieser — nicht das Vormundschaftsgericht — führt die Vormundschaft. Kraft seines Amtes hat er das Recht und die Pflicht, für Person und Vermögen des Mündels zu sorgen sowie den Mündel zu vertreten (§ 1793). Dabei handelt der Vormund auf eigene Verantwortung. In die Führung der Vormundschaft darf das Gericht nicht selbsttätig eingreifen (abgesehen von dem Ausnahmefall des § 1846) und dem Vormund in Zweckmäßigkeitsfragen Anweisungen erteilen. Das Vormundschaftsgericht ist danach nicht Vertreter des Mündels. Nach dem Wesen des Familienrechts zu urteilen, stellt das BGB. das Amt des Vormundes der elterlichen Gewalt zur Seite. Mit Recht bemerkt von Blume hierzu,[2]) daß es verfehlt wäre, aus der selbständigen Stellung des Vormundes den Schluß zu ziehen, daß das Vormundschaftsrecht seinen öffentlich-rechtlichen Charakter wieder abgestreift hätte. Vielmehr habe die elterliche Gewalt ihr Wesen geändert und öffentlich-rechtlichen Charakter angenommen, der sich besonders in der Aufsicht des Vormundschaftsgerichts auspräge. Gewalthaber und Vormund dienten beiden dem Gemeinwohl, indem sie die staatliche Fürsorgetätigkeit für Personen ausübten, die nicht in der Lage wären, ihre Angelegenheiten selbst wahrzunehmen.

Wenn auch die Stellung des Vormundes nach dem BGB. eine selbständigere geworden ist, so hat der Staat seine Pflicht zum Schutze der Fürsorgebedürftigen doch nicht aus der Hand gegeben. Damit die Interessen des Mündels von dem Vormund gewahrt werden, führt das Vormundschaftsgericht die Aufsicht über diesen. Gegen dessen Pflichtwidrigkeiten hat es sogar mit geeigneten Verboten und Geboten einzuschreiten (§ 1873) und diesen nötigenfalls durch Verhängung von Ord-

[1]) ALR. Teil I Titel 1 § 32; Teil II Titel 18 §§ 3, 6.
[2]) Vormundschaftsrecht S. 4.

nungsstrafen oder durch Entlassung Nachdruck zu verleihen (§ 1886). Wenn es das Interesse des Mündels fordert, so ist das Vormundschaftsgericht selbst berechtigt, von den gesetzlichen Ordnungsvorschriften abzuweichen. Seine Tätigkeit ist deshalb nicht Rechtspflege, sondern Wohlfahrtspflege[1]).

Träger der Ausübung der staatlichen Aufsicht ist der Vormundschaftsrichter. Dieser handelt zweifellos nicht als Privatperson, nicht in eigener Angelegenheit, sondern in und kraft seiner Eigenschaft als Beamter des Staates[2]). Durch ihn spricht der Staat selbst. Der Staat erteilt danach auch die Genehmigung oder versagt sie. Die Handlungen des Vormundschaftsrichters sind Amtshandlungen, seine Erklärungen Staatswillenserklärungen[3]). Kraft seiner staatlichen Stellung ordnet er die Vormundschaft an, und der Vormund empfängt sein öffentliches Amt aus den Händen des Vormundschaftsrichters. Gerade hierbei zeigt sich der öffentlich-rechtliche Charakter des Vormundschaftsrechts; denn der Vormundschaftsrichter tritt den Zubestellenden nicht gleichberechtigt gegenüber, sondern als Inhaber des den Untertan überragenden staatlichen Imperiums[4]).

Daß die Regelung des Vormundschaftsrechts formell in dem Reichsgesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit und materiell in dem BGB. erfolgt ist, steht seiner öffentlich-rechtlichen Natur nicht entgegen. Gerade das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist öffentliches Recht. Wenn die freiwillige Gerichtsbarkeit trotzdem von der Wissenschaft gelegentlich der Behandlung des materiellen Vormundschaftsrechts im System des Privatrechts berücksichtigt wird, so ist das dadurch zu erklären, daß seine Aufnahme von der Wissenschaft des Verwaltungsrechts und Prozeßrechts meistens abgelehnt wird. Mit Recht wendet sich Oetker[5]) deshalb gegen die Einordnung der freiwilligen Gerichtsbarkeit in das Privatrechtssystem. Vorwiegend öffentlich-rechtlicher Natur ist auch trotz seiner Einordnung in das bürgerliche Recht das materielle Vormundschaftsrecht. Dies hat auch Glaessing in einer längeren Abhandlung treffend nachgewiesen[6]). Danach zwingen die Gebote der Vernunft und

---

[1]) v. Blume S. 5 a. a. O.

[2]) Vgl. Prot. IV S. 799.

[3]) Bay. Ob. LG. 5 S. 450 ff.

[4]) Vgl. Weyel S. 29 ff.

[5]) Konkursrechtliche Grundbegriffe 1891. S. 33; ebenso Kormann, System S. 7.

[6]) Archiv f. öff. Recht Bd. 35 S. 161 ff. S. 425 ff.; so auch Cosack Bd. II. S. 676; ferner Endemann S. 703, 783, der ebenfalls den öffentlich-rechtlichen Charakter des Vormundschaftsrechts anerkennt. A. A. Spahn S. 139.

Ethik sowie der Geschichte der Staatenbildung, das Vormundschaftsrecht in das Gebiet der öffentlichen Ordnung zu verweisen. Keinesfalls könne aber die rein äußerliche Anordnung im Rechtssystem endgültig über ihren dogmatischen Inhalt entscheiden. Die Familie ist nach dieser Auffassung ein öffentlicher Verband, dem vom Staat aus Gründen der Erhaltung der Gesamtheit, also in Anerkennung öffentlich-rechtlicher Fürsorgepflicht, Selbständigkeit verliehen ist, und dem eine das Einzelinteresse verdrängende generelle Zweckbestimmung zukommt. Der Obervormund ist Träger eines öffentlichen Amtes. Er hat als Mandatar des Staates die fehlende elterliche Gewalt wahrzunehmen.

II. Das Wesen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

Für die Auffassung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung als Staatsakt spricht deren ganzes Wesen. Unter Vormundschaft im weiteren Sinne versteht man die unter staatlicher Aufsicht von einem Vertrauensmann (dem Vormund) geführte Obsorge über Person und Vermögen eines Menschen, der außerstande ist, seine Angelegenheiten zu besorgen oder rechtlich so behandelt wird, als sei er dazu außerstande[1]). Im engeren Sinne bedeutet sie eine allgemeine Fürsorge für Person und Vermögen der in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen. Obwohl das BGB. dem Vormund bei seiner Tätigkeit eine gewisse Selbständigkeit beigelegt hat, lag es im öffentlichen Interesse, die selbständige Stellung des Vormundes bei besonders wichtigen Mündelgeschäften einzuschränken und dem Vormundschaftsgericht dabei eine Mitwirkung einzuräumen. Diesen Gedanken hat der Gesetzgeber technisch durchgeführt, indem er die für den Mündel wichtigen Geschäfte im Gesetz positiv aufführte[2]) und die Gültigkeit dieser Rechtsgeschäfte, welche vom Mündel mit Genehmigung des gesetzlichen Vertreters oder vom Vertreter des Mündels in dessen Namen abgeschlossen werden, von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abhängig macht. Die Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung darf jedoch nur erfolgen nach Prüfung aller in Betracht kommenden Verhältnisse und nach der Feststellung, daß das Geschäft nicht gegen das Interesse des Mündels verstößt.

Mit dieser durch die Einführung des Instituts der Genehmigung getroffenen Regelung erfüllt der Staat seine Schutz-

---

1) Kipp-Wolff § 100.
2) Vgl. §§ 1821, 1822 BGB.

pflicht gegenüber Geschäftsunfähigen und in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen. Gleichzeitig nimmt er damit aber auch an der Schaffung von Rechtsgeschäften teil, und zwar unter Beachtung der ihm im Interesse des Allgemeinwohls obliegenden Erhöhung der Verkehrssicherheit. Die Vormundschaftssachen werden deshalb auch überwiegend zu den Verwaltungssachen gezählt, die nur aus äußeren Gründen den Gerichten übertragen worden sind, und zwar nicht als Organen der Verwaltung, sondern als solchen der Rechtspflege[1]); denn jede Verwaltung ist Zwecktätigkeit. Der Zweck der Verwaltung ist das Wohl der Allgemeinheit, der nächste Zweck der Vormundschaft ist das Wohl des Mündels. Diese Auffassung teilt sogar Dernburg[2]) — der Vertreter der rechtsgeschäftlichen Natur der Genehmigung — der das Vormundschaftsrecht als einen eigenartigen Zweig des Verwaltungsrechts allerdings mit privatrechtlichen Funktionen bezeichnet. Am besten charakterisiert Glaessing[3]) das Vormundschaftsrecht unter Zugrundelegung des Schutzgedankens, wenn er sagt, daß das Vormundschaftsrecht des BGB. in einer Zeit zustandegekommen sei, die unmittelbar vorher den Abschluß der sozialpolitischen Gesetzgebung erlebt habe, eines Werkes, das wie kein zweites von dem den Zeitgeist beherrschenden staatlichen Schutzgedanken beeinflußt sei. „Das neue Recht mußte, so fährt Glaessing treffend fort, infolge seines ursprünglichen Standpunktes der privatrechtlichen Kodifikation mit der Anerkennung der sozialen Aufgabe des Privatrechts auch zu einem von der staatlichen Schutzidee beherrschten Vormundschaftsrecht kommen." Danach muß man m. E. zu dem Schluß kommen, daß das Vormundschaftsgericht bei der Erteilung der Genehmigung keinesfalls als Vertreter des Mündels handelt, sondern als Aufsichtsorgan tätig wird.

III. Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung als Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Auch die Untersuchung der Genehmigung als Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit rechtfertigt die Annahme der staatsaktlichen Auffassung. Wie oben schon erwähnt, gehört die Materie der freiwilligen Gerichtsbarkeit dem öffentlichen Recht an. Die richterlichen Willensakte auf diesem Gebiet können nicht wie bei der streitigen Gerichtsbarkeit in scharf getrennte Gruppen

---

[1]) Wendt, Lehrbuch der Pandekten 188 S. 742; Spahn S. 139.
[2]) Familienrecht, S. 314, 315.
[3]) Archiv f. öff. Recht S. 182.

(Urteile und Nichturteile) geschieden werden, vielmehr faßt man sie, die alle untereinander wesensverwandt sind, zusammen unter dem Begriff der Verfügung[1]). Eine solche ist auch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Grundsätzlich erfolgt die Erteilung der Genehmigung nur auf Antrag, zu dessen Stellung der gesetzliche Vertreter befugt ist. Dagegen ist dem Gegenkontrahenten – wie aus den Motiven[2]) hervorgeht – ein Antragsrecht versagt. Hier zeigt sich wieder die Unhaltbarkeit der rechtsgeschäftlichen Auffassung; denn die Initiative kann bei der privaten Willenserklärung sehr wohl vom Gegenkontrahenten ausgehen und auch an diesen erfolgen (§ 182 BGB.), was jedoch bei der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht der Fall ist. In § 1828 BGB. weist der Gesetzgeber nämlich ausdrücklich darauf hin, daß die Genehmigung nur für den gesetzlichen Vertreter, nicht etwa für einen anderen an dem fraglichen Geschäft Beteiligten bestimmt ist[3]). Die Entscheidung über die Genehmigung steht auch nicht wie bei der privaten Willenserklärung im Belieben des Genehmigungsberechtigten, sondern sie darf von dem Vormundschaftsgericht nur erteilt werden nach causae cognitio. Dazu sind unter Umständen von Amtswegen die erforderlichen Ermittlungen anzustellen (§ 12 FGG.). Der Inhalt der Genehmigung geht dahin, daß das in Frage stehende Rechtsgeschäft vorgenommen werden darf. Es besteht sogar die Möglichkeit, dieser Verfügung genau wie beim Urteil oder Beschluß eine Begründung beizufügen. Erforderlich ist sie allerdings in den erstinstanzlichen Verfügungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht[4]). Nach § 16 Abs. 1 FGG. wird die Genehmigung mit der Bekanntmachung an den gesetzlichen Vertreter wirksam. Solange die Bekanntmachung noch nicht erfolgt ist, liegt wohl eine Genehmigung vor, die jedoch noch nicht wirksam geworden ist. Ein genehmigungsbedürftiges Rechtsgeschäft kann deshalb vom gesetzlichen Vertreter noch nicht zum vollgültigen Abschluß gebracht werden, wenn er zwar erfahren hat, daß der Vormundschaftsrichter sich für die Genehmigung entschieden hat, ihm aber eine Bekanntmachung der Verfügung noch nicht hat zukommen lassen. Die Form der Bekanntmachung erfolgt nach § 16 Abs. 2, 3, je nachdem sie gegenüber einem Abwesenden oder Anwesenden vorgenommen werden

---

1) Breit, S. 473; Schmid, S. 268.
2) Motive Bd. IV S. 1154.
3) v. Blume, Das Vormundschaftsrecht des BGB. § 1828 Anm. 1; Fuchs, Das deutsche Vormundschaftsrecht S. 43.
4) Die Beifügung einer Begründung wird in das Ermessen des Richters gestellt.

soll. Charakteristisch für die öffentlich-rechtliche Natur der Genehmigung ist hier die Bestimmung, daß einem Anwesenden die Verfügung zu Protokoll bekanntgemacht werden kann. In allen Fällen muß aber die Bekanntmachung vom Vormundschaftsrichter ausgehen. Eine Bekanntmachung im Sinne des § 16 FGG. liegt deshalb nicht vor, wenn der gesetzliche Vertreter von dritter Seite her von der Entscheidung des Gerichts ohne dessen Wissen und Willen Kenntnis erhält[1]). Die Genehmigung unterscheidet sich auch von der privaten Willenserklärung dadurch, daß sie nach § 55 Abs. 1, solange sie dem Gegenkontrahenten gegenüber noch nicht wirksam geworden ist, von dem Vormundschaftsrichter durch eine neue Verfügung geändert oder zurückgenommen werden kann, während die Aufhebung einer privaten Willenserklärung doch nur durch Anfechtung erfolgen kann.

Am klarsten wird der Charakter der Genehmigung als obrigkeitlicher Akt durch die Tatsache gekennzeichnet, daß der Gesetzgeber diese vormundschaftsgerichtliche Verfügung einem Instanzenzuge unterstellt. Gemäß § 19 FGG. findet gegen die Verfügungen des Gerichts erster Instanz das Rechtsmittel der Beschwerde statt. Wenn auch eine Beschwerde gegen den die Genehmigung erteilenden Beschluß praktisch nicht in Frage kommt,[2]) so ist sie doch gegen die Verfügung, durch die der Antrag auf Erteilung der Genehmigung abgelehnt wird, wegen ihrer rechtsbeeinträchtigenden Wirkung gegeben (§ 20 FGG.). Die beiden Verfügungen, Erteilung der Genehmigung wie deren Weigerung, bilden aber, obwohl sie in materieller Hinsicht gerade die entgegengesetzten Wirkungen äußern, zwei obrigkeitliche Akte, die in formeller Beziehung nach den gleichen Grundsätzen zu behandeln sind. Diese Gleichstellung ist auch in dem § 55 FGG. zum Ausdruck gebracht.

Es fragt sich nun, wem das Recht zusteht, die ablehnende Entscheidung des Gerichts anzufechten. Gemäß § 20 Abs. 1 FGG. ist hierzu jeder befugt, dessen Recht durch die Verfügung beeinträchtigt wird. In den Kommissionsberatungen[3]) wurde die Fassung des § 20 bemängelt, nach der auch der Vormund nicht beschwerdeberechtigt sei, weil ein Recht des Mündels durch die Verweigerung nicht beeinträchtigt werde. In Rechtsprechung und Literatur ist man sich aber jetzt darüber einig, daß der

---

[1]) Schmid, S. 267.

[2]) Beschwerde findet dann statt, wenn das Vormundschaftsgericht das Geschäft genehmigt hat, obgleich es überhaupt nicht genehmigungsbedürftig ist. Dieser Fall wird jedoch nur selten eintreten.

[3]) Bericht S. 23.

Mündel ein Recht zur Beschwerde hat[1]). Gewisse Schwierigkeiten bereitet nur die Feststellung, inwiefern durch die Verweigerung der Genehmigung ein Recht des Minderjährigen beeinträchtigt wird. Hierüber gehen die Ansichten auseinander. Dorner[2]) und Schultzenstein[3]) sehen durch den ablehnenden Bescheid des Vormundschaftsgerichts ein Privatrecht des Minderjährigen verletzt, worunter sie das aus dem der Genehmigung bedürfenden Rechtsgeschäfte resultierende Recht verstehen. Diese Auffassung läßt sich jedoch nicht halten; denn, wie Breit[4]) richtig bemerkt, muß die Beeinträchtigung in den Beziehungen des Mündels zum Vormundschaftsgericht, nicht aber in denen zum Vertragsgegner gesucht werden. Das durch die Versagung beeinträchtigte Recht des Mündels muß also mithin einen öffentlichen Charakter tragen. Diese Ansicht ist als herrschende allgemein anerkannt worden. Du Chesne[5]) bezeichnet dieses öffentliche Recht des § 20 FGG. als „Rechtsbewährungsanspruch". Er versteht darunter einen öffentlich-rechtlichen Anspruch des Einzelnen gegenüber dem Staat auf Zurverfügungstellung seiner Organe, sofern deren Tätigkeit zum Abschluß von Rechtsgeschäften erforderlich ist. Weißler[6]) will unter diesem Begriff ein Recht des Mündels auf eine gesetz- und sachgemäße Entscheidung des Vormundschaftsgerichts verstanden haben. Dagegen sieht Fuchs[7]) wieder durch die Verweigerung der Genehmigung das aus dem Rechte der Persönlichkeit fließende Recht auf Abgabe wirksamer Willenserklärungen als verletzt an. M. E. ist die Ansicht von Breit als die richtige zu betrachten, wonach das durch die Verweigerung der Genehmigung beeinträchtigte Recht des Minderjährigen identisch ist mit dem „allen bevormundeten Personen gegen den Staat als dem Obervormund zustehende Recht auf Schutz, auf ordnungsmäßige Führung der Vormundschaft"[8]).

---

[1]) Staudinger § 1828 Anm. 5; Planck, Vorb. zu den §§ 1821 bis 1832; Breit, S. 485; Birkenbihl, Die freiwillige Gerichtsbarkeit § 20 Anm. 2.

[2]) Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit 1899 § 20 Anm. 4.

[3]) Beschwerderecht in Vormundschaftssachen, in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 25 S. 215.

[4]) S. 486.

[5]) Das Beschwerderecht in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit S. 327.

[6]) Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit § 20 Anm. 2.

[7]) Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit § 20 Erl. 3.

[8]) Breit, S. 487.

Eine weitere Frage ist die, ob auch dem Dritten, insbesondere dem Vertragsgegner, bei Verweigerung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung ein Beschwerderecht zuzusprechen ist. Dies wird allgemein grundsätzlich verneint. Einen abweichenden Standpunkt vertritt Josef[1]) in seinem Kommentar, der dem Dritten aus dem Grunde ein Beschwerderecht einräumt, weil er in seinem Recht auf gesetz- und sachgemäße Entscheidung beeinträchtigt sei. Ebenso gewährt Du Chesne[2]) dem Vertragsgegner die gleiche Befugnis, wenn er auf Grund besonderer Umstände ein Recht auf Abschluß des Vertrages hatte. Eine ähnliche Ansicht spricht das OLG. Braunschweig in seinem Beschlusse vom 18. 9. 1901[3]) aus. Danach wird ein Recht auf Beschwerde für den Dritten dann anerkannt, wenn der zu genehmigende Rechtsakt ein wohlbegründetes Recht betrifft, welches mit jenem geltend gemacht wird und durch Verweigerung der Genehmigung des letzteren beeinträchtigt wird. Am weitesten geht Dernburg[4]), der dem Vertragskontrahenten ganz allgemein ein Recht der Beschwerde an die Hand gibt. Eine solche Befugnis des anderen Vertragsteils wird von v. Blume[5]) — m. E. mit Recht — deshalb verneint, weil der Dritte lediglich mit dem gesetzlichen Vertreter in Beziehung tritt keinesfalls aber mit dem Vormundschaftsgericht. Dem Dritten die Befugnis der Beschwerde zuzusprechen, würde ihm sehr wenig nützen: denn selbst wenn auf seine Beschwerde das Vormundschaftsgericht die Genehmigung erteilt, so steht es immer noch im Belieben des Vormundes, ob er von ihr Gebrauch macht oder nicht. „Die Folge würde sein," so erklärt Breit[6]) zutreffend, daß das Gericht mit einem Verfahren behelligt wird, das möglicherweise völlig zwecklos ist, und diese Möglichkeit wird sogar von der Mehrzahl der Fälle zur Wahrscheinlichkeit werden, da ja das passive Verhalten des Vormundes gegenüber der die nachgesuchte Genehmigung versagenden Verfügung auf einem Wechsel in seiner Ansicht über die Zweckmäßigkeit des Geschäfts schließen läßt."

---

[1]) § 20 Erl. 1c.

[2]) S. 326.

[3]) Zentralblatt für die freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat Bd. II S. 430.

[4]) Bd. IV S. 383.

[5]) Das Vormundschaftsrecht des BGB. § 1828 Anm. 8; Planck Vorb. 12 zu §§ 1821—1832. Breit, S. 488 ff.

[6]) S. 490.

IV. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts als Gegenstand des materiellen Rechts.

Wenn in der vorstehenden Teiluntersuchung die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung in ihrer Eigenschaft als selbständige Verfügung der freiwilligen Rechtspflege ihre Erörterung gefunden hat, so soll nunmehr ihre Regelung im materiellen Recht (§§ 1828–1831 BGB.) behandelt werden, in welchem sie die gesetzliche Grundlage für die Wirksamkeit einer Reihe von Rechtsgeschäften bildet, die von dem gesetzlichen Vertreter oder von dem Mündel unter Zustimmung des gesetzlichen Vertreters abgeschlossen werden. Es ist bereits oben erwähnt, daß es nicht angängig ist, die Genehmigung um dessentwillen als Rechtsgeschäft anzusehen, weil ein Teil ihrer Materie ins Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen worden ist. Freilich soll nicht verkannt werden, daß gewisse verbindende Fäden zwischen der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung und dem Privatrecht bestehen, wie z. B. rein äußerlich die Einordnung ihrer Vorschriften in das BGB. Die Beziehungen zum Privatrecht berühren aber nicht das Wesen der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, sondern die Frage nach diesen Beziehungen ist vielmehr eine Frage nach der Wirkung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts auf das von ihr abhängige Rechtsgeschäft.

Die positiven Bestimmungen im BGB. stehen aber auch dem Charakter der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung als Staatsakt nicht nur nicht entgegen, sondern bestätigen die Ansicht, daß die Genehmigung nicht als privatrechtliche Willenserklärung aufgefaßt werden kann.

Schon die Terminologie weist auf die Verschiedenartigkeit der beiden Begriffe hin. Nach §§ 183, 184 BGB. unterscheidet man bei der rechtsgeschäftlichen Zustimmung eines Dritten zu einem vorgenommenen Rechtsgeschäft zwischen Einwilligung und Genehmigung, je nachdem die Zustimmung vor oder nach der Vornahme des fraglichen Rechtsgeschäftes erfolgt. Bei der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts hat man eine entsprechende Scheidung nicht vorgenommen. Diese heißt vielmehr immer „Genehmigung" ohne Rücksicht darauf, ob sie dem Hauptgeschäft vorangeht oder ihm nachfolgt[1]). Schon aus der Verschiedenheit der Terminologie muß gefolgert werden, daß der Gesetzgeber der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einen anderen Rechtscharakter verliehen wissen will als der rechtsgeschäftlichen Genehmigung.

---

[1]) Vgl. Staudinger Bd. I § 1882 Anm. 2; IV 2 § 1828 Anm. 2; Weyl Bay. Zeit. f. Recht 1908 S. 53 ff.

Dieser Gedanke kommt auch zum Ausdruck, wenn man die Frage prüft, wem gegenüber die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts rechtswirksam zum Ausdruck gebracht werden kann. Die rechtsgeschäftliche Zustimmung kann sowohl demjenigen gegenüber erklärt werden, dessen rechtliches Handeln der Zustimmung bedarf, als auch gegenüber dem anderen Teil, demgegenüber jener gehandelt hat (§ 182). Die Erklärung an Dritte ist jedoch rechtlich bedeutungslos[1]). Die Zustimmung ist ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, das gegenüber dem Hauptgeschäft völlige Selbständigkeit genießt, und daher formfrei erfolgen kann (§ 182 Abs. 2 BGB.). Demgegenüber bestimmt § 1828 BGB. positiv, daß die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nur gegenüber dem Vormund erklärt werden kann. Der Vertragsgegner tritt demnach mit dem Vormundschaftsgericht in keinerlei Beziehung[2]). Wird dennoch die Erklärung diesem gegenüber vorgenommen, so ist die Genehmigung wirkungslos[3]). Sie stellt sich also als interne Angelegenheit zwischen Vormund und Vormundschaftsgericht dar. Dies schließt freilich nicht aus, daß der Vormund einem Dritten, etwa den beurkundenden Notar oder den Vertragsgegner bevollmächtigt, die Genehmigung in seinem, des Vormundes Namen, entgegenzunehmen. Kommt das Vormundschaftsgericht diesem Antrag nach, so hat dies freilich die gleiche Wirkung, als wäre die Genehmigung gegenüber dem Vormunde selbst erfolgt[4]).

Ein weiterer Unterschied ergibt sich aus der Stellung des Vertragsgegners hinsichtlich des Initiativrechts zur Herbeiführung der Genehmigung. Handelt es sich um die rechtsgeschäftliche Genehmigung, so ist der andere Vertragsteil berechtigt, den Zustimmungsberechtigten um die Erteilung der Genehmigung mit gewissen Wirkungen seines Antrages anzugehen. Dieses Recht wird ihm jedoch bei der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung versagt. Eine gesetzliche Vorschrift, ob der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung ein diesbezüglicher Antrag beim Vormundschaftsgericht vorauszugehen hat, findet sich im Gesetz zwar nirgends. Diese Frage ist aber in Uebereinstimmung mit dem Beschluß des LG. Freiburg i. Br. vom 16. 6. 1900[5]) zu

---

[1]) Breit, Sächs. Arch. 15, 172, 183 ff; Planck § 182 Anm. 1; Staudinger § 182 Anm. 6–7; Oertmann § 182 Erläuterung 3.

[2]) S. Recht 1904 S. 315 Nr. 1413.

[3]) Staudinger, § 1828 Anm. 1.

[4]) Vgl. Planck § 1828, Anm. 3; v. Blume 1828 Anm. 3d. Fuchs Vormundschaftsrecht, § 1828 Anm. 3. Breit, S. 482. OLG. 7, 124. Fischer-Henle, § 1828 Not. 1; a. A. Oehl S. 152 ff.

[5]) Zentr.-Bl. f. FGG. und Notariat Bd. 310.

bejahen, in welchem die Ansicht vertreten wird, daß die Genehmigung nicht von Amtswegen, sondern nur auf Antrag zu erteilen sei. Zur Stellung dieses Antrages ist aber in erster Linie der gesetzliche Vertreter befugt. Wie sich aus den Motiven ergibt, war es nicht die Absicht des Gesetzgebers, ein solches Recht dem Vertragsgegner zuzusprechen[1]). Dieser kann nach § 1829 nur den Vormund zur Mitteilung darüber auffordern, ob die Genehmigung erteilt sei.

Gegen den stellvertretungs- und damit rechtsgeschäftlichen Charakter der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung spricht auch die Bestimmung des § 1829 BGB. Ob der Vormund die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts für den genehmigungsbedürftigen Vertrag einholen will, hängt von seinem pflichtgemäßen Ermessen ab[2]). Wird sie ihm erteilt, so gelangt sie dem Vertragsgegner gegenüber aber erst zur Wirksamkeit, wenn der Vormund sie ihm mitteilt (§ 1829). Auch diese Handlung ist in das Ermessen des Vormundes gestellt. Es genügt also nicht, wenn das Vormundschaftsgericht die Genehmigung außer dem Vormund auch dem Gegenkontrahenten mitteilt; es ist vielmehr nur die vom Vormund ausgehende Erklärung von dem Vorliegen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts maßgebend. Diese Mitteilung ist keine Anzeige des Vormundes von einem Ereignis, das in der ihm gegenüber erfolgten Erklärung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts besteht, sondern eine Erklärung des Vormundes, daß er von dieser Genehmigung Gebrauch mache. Sie muß deshalb als eine rechtsgeschäftliche Erklärung, und zwar als ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft[3]) aufgefaßt werden[4]). Hätte der Gesetzgeber die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts als eine rechtsgeschäftliche Erklärung aufgefaßt wissen wollen, so bedurfte es nicht der besonderen Regelung in den §§ 1828–1831. Ohne die Vorschrift des § 1829 Abs. 1 muß nämlich aus § 182 Abs. 1 gefolgert werden, daß die Genehmigung oder die Verweigerung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts dem anderen Teil gegenüber schon durch die

[1]) Motive Bd. IV S. 1154.

[2]) OLG. 1, 309.

[3]) Ebenso Breit, S. 584; Fischer-Henle § 1829 Anm. 6; Josef, Zentralblatt Bd. V S. 650; Planck § 1829 Anm. 5; Schultheis Zentralbl. Bd. III S. 262; Schmid, Bd. III S. 270; Fuchs Familienrecht § 1829 Anm. III; v. Blume, Vormundschaftsrecht § 1829; v. Amelunxen in DNotV. 1907, 31; OLG. 5, 407; zweifelnd Schmitt Seuff. Bl. 66, 122; a. M. Klein, Anzeigepflicht im Schuldrecht S. 26, der die Mitteilung für eine Rechtshandlung im engeren Sinne nicht für ein Rechtsgeschäft erklärt.

[4]) Jedoch nicht als solches im Sinne des § 1831.

seitens des Vormundschaftsgerichts an den Vormund oder den anderen Teil erfolgende Mitteilung der betreffenden Verfügung Wirksamkeit erlangt.

Aus der Gegenüberstellung von § 1829 und § 109 ergibt sich ein weiterer Fall der verschiedenen Behandlung der beiden Rechtsbegriffe. Gemäß § 109 kann der andere Teil den Schwebezustand der Genehmigungslage und damit zugleich den Vertrag bis zur Genehmigung regelmäßig durch einseitige empfangsbedürftige Erklärung jederzeit widerrufen. Nach § 1829 hingegen ist der andere Teil grundsätzlich an den Vertrag gebunden, bis ihm der Vormund die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts oder seinen Entschluß, von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts keinen Gebrauch zu machen, mitteilt[1]).

Auch das Recht der Zurückweisung ist verschieden geregelt. Während nach § 111 die Zurückweisung eines einseitigen Rechtsgeschäfts seitens des anderen Teils ausgeschlossen ist, sobald der Vertreter den anderen Teil von der Einwilligung in Kenntnis gesetzt hat, ist gemäß § 1831 BGB. dem Gegner ein solches Recht auch dann gegeben, wenn ihm das Vormundschaftsgericht von der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung Mitteilung gemacht hat.

Nach dieser Betrachtung der Bestimmungen über die rechtsgeschäftliche Genehmigung und derjenigen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts muß festgestellt werden, daß die beiden Rechtsbegriffe eine völlig verschiedene Regelung erfahren haben. Hätte der Gesetzgeber der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einen rechtsgeschäftlichen Charakter verleihen wollen, dann hätte sie keiner Sonderregelung im IV. Buche des BGB. bedurft, sondern die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts hätte nach den betreffenden Bestimmungen des allgemeinen Teils über die Rechtsgeschäfte behandelt werden können. Aus der besonderen Regelung muß daher geschlossen werden, daß der Gesetzgeber in der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts jedenfalls kein Rechtsgeschäft oder etwas Rechtsgeschäftsähnliches erblickt.

Zu dem gleichen Schlusse zwingt auch folgende Erwägung: Das Vormundschaftsgericht ist grundsätzlich nicht berechtigt, ohne die Mitwirkung des Vormundes über Gegenstände des Mündels zu verfügen[2]). Will es zu solchen Rechtsgeschäften

[1]) Eine Ausnahme hiervon macht die Bestimmung im § 1830, wonach dem anderen Teil das Widerrufsrecht zusteht, wenn der Vormund ihm gegenüber wahrheitswidrig die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts behauptet hat.

[2]) In § 1846 kann das Vormundschaftsgericht selbständig Verfü-

seine Zustimmung erteilen, so ist trotzdem in allen diesen Fällen der Vertretungswille des Vormundes erforderlich. Dieser Willensakt kann keinesfalls durch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ersetzt werden. Während also das Vormundschaftsgericht durch die Mitwirkung des Vormundes gebunden ist, steht dem Genehmigenden bei der rechtsgeschäftlichen Zustimmung völlige Handlungsfreiheit hinsichtlich des genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfts zu.

Zur Ablehnung des rechtsgeschäftlichen Charakters gelangt man auch dann, wenn man die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung bei Zugrundelegung der oben gegebenen Definition des Rechtsgeschäfts unter dem Gesichtspunkt einer Prüfung unterzieht, daß als handelnde Teile nur Privatpersonen auftreten können. Da es sich bei der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung um eine empfangsbedürftige Erklärung handelt, so müßte man — wenn man der rechtsgeschäftlichen Auffassung beitreten wollte — in diesem Fall in der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung eine Privatwillenserklärung sehen. Aus dem Kreise der Rechtsgeschäfte scheiden aber die obrigkeitlichen Willensäußerungen aus[1]). Als solche ist auch die

---

gungen treffen. In diesen Fällen handelt es aber auch als gesetzlicher Vertreter des Mündels, weil hier ein Vormund nicht bestellt oder dieser an der Erfüllung seiner Pflichten behindert ist.

[1]) Dies sind Urteile und Beschlüsse der Gerichte, Ehelichkeitserklärungen, Enteignungsbeschlüsse der Verwaltungsbehörden, Ernennung von Beamten usw. Zwar kann man auch diese Akte als Rechtsgeschäfte bezeichnen. Nur sind sie dann Rechtsgeschäfte des öffentlichen Rechts (ebenso Manigk: Anwendungsgebiet der Vorschriften über Rechtsgeschäfte, S. 19, Sammlung u. Entsch. des Kgl. Bayr. Verwaltungsgerichtshofs München 24, 25. Aehnlich auch Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 232 und Eltzbacher, Handlungsfähigkeit, S. 129.).

Wie Manigk (H. d. R. Bd. 6 S. 307) treffend bemerkt, ging Kormann in seinem System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte an die grundlegende Untersuchung des gesamten Stoffes und suchte entsprechend einer sich schon anbahnenden Entwicklung den zivilrechtlichen Vorstellungskomplex „Rechtsgeschäft" im Staats- und Verwaltungsrecht bei aller Festhaltung der Eigenart dieses Gebiets nutzbar zu machen. Kormann (S. 15) bezeichnet diese Akte als rechtsgeschäftliche Verwaltungsakte oder amtliche publizistische Rechtsgeschäfte. Sie bilden die Verwaltungsakte im eigentlichen Sinn (S. 21). Bei der Begriffsbestimmung verwendet Kormann den Begriff des Rechtsgeschäfts des BGB. mit der Abänderung, daß das Rechtsgeschäft publizistisch ist, wenn der Erklärende die Willenserklärung als Träger öffentlicher Rechte und Pflichten abgibt. Dabei macht er mit Recht die Einschränkung, daß die Rechtssetzung, d. h. das Gesetz und die Rechtsverordnung, nicht unter den Begriff des Rechtsgeschäftes fällt. Nach der Auffassung Kormanns sind den Akten des publizistischen Rechtsgeschäfts daher zwei Momente gemeinsam, ein positives und ein negatives. Ersteres ist das Willensmoment. Das negative ergebe sich daraus, daß aus dem Kreise des Rechtsgeschäfts die Rechtssetzung ausgeschlossen werde.

Genehmigung des Vormundschaftsgerichts aufzufassen, obwohl sie auf die Ordnung privater Rechtsverhältnisse gerichtet ist. Denn der Vormundschaftsrichter handelt dabei nicht als Vertreter oder neben dem Vormund als Mitvertreter des Mündels, sondern er wird lediglich auf Grund des ihm vom Staate übertragenen und im öffentlichen Interesse liegenden Schutz- und Aufsichtsrechts tätig[1]). Auf diesem Standpunkt steht auch Dernburg[2]), indem er sagt, daß solche Rechtshandlungen, welche von Behörden auf Grund ihrer öffentlich-rechtlichen Stellung vorgenommen werden — wie z. B. die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts hinsichtlich der Geschäfte des Vormundes — keine Rechtsgeschäfte bilden.

V. Kritische Betrachtung der rechtsgeschäftlichen Auffassung und die Stellung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung im System des öffentlichen Rechts.

Die Mehrzahl der Vertreter des rechtsgeschäftlichen Charakters der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gründet ihre Ansicht letzten Endes auf die Motive zum BGB. (Bd. IV S. 1153), die aber sowohl für die rechtsgeschäftliche wie für die staatsaktliche Auffassung ausgelegt werden können, und weiterhin auf die Entscheidung des RG. vom 7. 1. 1890 (RG. 25, 281). Diese geht davon aus, daß eine ohne die erforderliche Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts abgeschlossenes Rechtsgeschäft die gleiche Wirkung habe, wie ein von einem Mündel, welcher sich nur mit Genehmigung des Vormundes verpflichten könne, ohne die Genehmigung des Vormundes abgeschlossenes Rechtsgeschäft. Obwohl das Urteil, dessen Inhalt vorne wiedergegeben ist, unter der Herrschaft der preuß. VO. ergangen ist, läßt es sich doch für das heutige Recht verwerten, da die rechtliche Natur der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung im wesentlichen keine Aenderung erfahren

— Der Begriff des publizistischen Rechtsgeschäfts ist allerdings sehr umstritten. Außer Kormann, S. 15, haben sich für ihn eingesetzt u. a. Laband Staatsrecht des deutschen Reichs, 1901, II S. 175 f.; Otto Mayer, Arch. f. ö. R. 3, 44; Triepel, Völkerrecht und Landesrecht, S. 61, 62; Hatschek, § 2 II; W. Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, 1908 S. 19. Gegen den Begriff haben sich ausgesprochen: Zorn, Staatsrecht des deutschen Reichs, 2. Aufl., 1895 S. 305; Gierke, Deutsches Privatrecht, I, 283; Bernatzki, Rechtspr. u. materielle Rechtskraft, S. 10.

[1]) Es können auch Willensäußerungen von Behörden als Rechtsgeschäft gelten, jedoch nur für den Fall, daß eine Behörde ohne Rücksicht auf ihre obrigkeitliche Gewalt tätig wird.

[2]) Dernburg, Allg. Teil S. 331.

hat. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß der § 46 preuß. VO. in das BGB. nicht übergegangen ist[1]). Mit Recht bemerkt hierzu Kipp[2]), daß das Reichsgericht die Parallele zwischen §§ 1828–1831, 108–111, 1832 BGB. heute in seinem Sinne mit demselben Recht verwerten könne, wie früher den § 46 preuß. VO.

Dem Urteil kann aber inhaltlich nicht beigetreten werden. Die Begründung ist nicht stichhaltig, weil das Reichsgericht – um mit Kipp zu sprechen – von der Gleichheit der Wirkung zweier Ereignisse auf die innere Gleichheit der Gründe dieser Wirkung und die Gleichheit ihrer Widerstandskraft gegen andere Ereignisse schließt. Daß dieser Schluß nicht zwingend ist, gibt sogar der Vertreter der Gegenmeinung, Fuchs[3]), zu, der aber weiter ausführt, daß das Urteil sich nicht allein mit diesem Entscheidungsgrund begnüge. Es erblicke vielmehr auch in der Erteilung der Genehmigung eine Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts bei der Führung der Vormundschaft, also auf rechtsgeschäftlichem Gebiete. Er selbst lege der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts die Bedeutung eines rechtsgeschäftlichen Aktes nicht allein wegen der Gleichheit der Wirkung dieser Genehmigung und der Wirkung der Genehmigung des Vormundes bei, sondern auch wegen der Gleichheit des Rechtsgebietes, auf welchem sich die Genehmigung des Vormundes und des Vormundschaftsgerichts bewegen und rechtsgestaltend wirken würden. Fuchs bezieht sich dabei auf den Kommentar der Reichsgerichtsräte[4]), wo man diese Gesichtspunkte auch für ausschlaggebend ansehe.

Daß auch die Erfüllung einer staatsamtlichen Obliegenheit, so fährt Fuchs weiter fort, also eine Staatswillenserklärung zugleich ein dem Gebiete des Privatrechts angehörendes Rechtsgeschäft darstellen könne, ergebe sich aus dem Beschluß der vereinigten Zivilsenate vom 13. 5. 1909[5]). Wenn auch in dem Beschluß allerdings nicht die Rede von der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung sei, sondern von dem Fall, daß das Vormundschaftsgericht gemäß § 1846 BGB., weil ein Vormund noch nicht bestellt oder der bereits bestellte an der Erfüllung seiner Pflichten verhindert sei, die im Interesse des Mündels erforderlichen Maßnahmen treffe und hierbei statt des Vormundes Rechtsgeschäfte in gesetzlicher Vertretung des

[1]) A. A. Blume, Vormundschaftsrecht, § 1828 Anm. 7.
[2]) Recht, 1912, S. 8, 9.
[3]) Recht 1912, S. 111.
[4]) § 1821 Anm. 1.
[5]) RG. 71, 170.

Mündels vornehme, so sei dies für seine Argumentation ohne Bedeutung.

Demgegenüber ist zu bemerken, daß unter Umständen die Erfüllung einer staatsamtlichen Obliegenheit eine privatrechtliche Willenserklärung sein kann. Daß aber die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gerade eine solche ist, wird damit jedoch nicht bewiesen; denn zwischen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts und dem § 1846 BGB. besteht ein grundlegender Unterschied. Während im Falle des § 1846[1]) das Vormundschaftsgericht nach außen als gesetzlicher Vertreter des Mündels tätig wird, handelt es bei der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts lediglich als interne Angelegenheit dem Vormund gegenüber.

Keineswegs stichhaltig ist auch der von Fuchs aufgeführte Grund, daß die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung auf dem Gebiete der Führung der Vormundschaft liege. Treffend wird hierzu von Kipp[2]) bemerkt, daß man mit solchen Thesen auch die Bestätigung eines Vertrags über Annahme an Kindesstatt zu einer rechtsgeschäftlichen Erklärung des Gerichts stempeln könne. Es wäre doch auch nicht ernstlich darüber zu streiten, daß auf dem Gebiet der Führung der Vormundschaft vieles läge, was nicht rechtsgeschäftlich sei.

Wenn die Vertreter der rechtsgeschäftlichen Natur auf dem Standpunkt stehen, das Wesen der Genehmigung bestehe darin, daß sie die Beschränkung der privatrechtlichen Vertretungsmacht des Vormunds beseitige, so ist, wie auch Kipp sagt, die Genehmigung ein Analogon der Bestellung des Vormundes. „Diese Bestellung teilt die allgemeine Vertretungsmacht; die Genehmigung erweitert sie gegenüber den bestehenden Beschränkungen. So wenig wie jene, so wenig ist diese eine rechtsgeschäftliche Erklärung des Vormundschaftsgerichts."[3])

Unhaltbar ist m. E. auch die in der Literatur verbreitete Ansicht von der doppelten Rechtsnatur der Genehmigung, die als obrigkeitlicher Akt und zugleich als Rechtsgeschäft angesehen wird. So erblickt z. B. Fuchs[4]) in der Genehmigung einen Staatsakt, „zugleich" aber für eine Mitwirkung auf rechtsgeschäftlichem Gebiet. Einen ähnlichen Standpunkt nimmt — wie

[1]) Von dem Grundsatz, daß das Vormundschaftsgericht auf die Aufsichtsführung beschränkt ist, ist für den Fall, daß der Mündel wegen Fehlens der vormundschaftlichen Fürsorge Schaden erleiden würde, eine Ausnahme zugelassen.

[2]) Recht, 1912, S. 557.

[3]) Kipp, Recht 1912, S. 558.

[4]) Vormundschaftsrecht, S. 186.

bereits erwähnt — Endemann[1]) sowie der Kommentar der Reichsgerichtsräte[2]) ein. Breit[3]) kommt sogar zu der Ansicht, daß die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts und das genehmigte Rechtsgeschäft mit der Mitteilung durch den Vormund an den Vertragsgegner zu einer untrennbaren idealen Einheit verschmelzen. Diese Ansichten sind abzulehnen, weil obrigkeitliche Akte und privatrechtliche Handlungen verschiedene Tatbestände bilden, die sich einander ausschließen und sich wegen ihrer Machtverschiedenheit in ein und derselben Rechtshandlung nicht vereinigen lassen. Denn die Handlungen des Staates in seiner Eigenschaft als Träger des Imperiums und als dem einzelnen Individuum übergeordneter Machtfaktor tragen eine besondere widerstandsfähige Natur, die unter ganz anderen Voraussetzungen bestehen als die Rechtshandlungen des Privatrechts. Der Unterschied zwischen Hoheitsakt und privatrechtlichem Rechtsgeschäft wird begründet eben durch die Verschiedenheit ihrer inneren Kraft, die diesen Instituten innewohnt. Diese Wesensverschiedenheit gestattet es nicht, ein und dasselbe Rechtsverhältnis teils nach öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten, teils nach solchen des Privatrechts zu beurteilen[4]). Aus dem gleichen Grunde ist es auch unmöglich, daß ein Hoheitsakt seine Selbständigkeit aufgibt, um Bestandteil eines privaten Rechtsgeschäfts zu werden. Man kann daher Otto Mayer[5]) beipflichten, wenn er sagt: „Es gibt für den Staat keine gemischten Rechtsinstitute, die eine öffentlich-rechtliche und eine privatrechtliche Seite aufweisen. Zweifellos h a t es solche gegeben, und auf der Höhe des Polizeistaates waren sie sogar in reichem Maße ausgebildet." Dagegen gibt es zahlreiche Akte des öffentlichen Rechts, die in das Privatrecht hineingreifen und privatrecht-

---

[1]) § 214 S. 470.

[2]) § 1821 Anm. 1.

[3]) S. 595.

[4]) Ebenso Staudinger, § 1828 Anm. 9b.

[5]) Deutsches Verwaltungsrecht S. 118. Vgl. hierzu Manigk, (H. d. R. Bd. 6 S. 307) wo er zu dem Ergebnis kommt, daß zwischen öffentlichem und privatem Recht in gewissen Beziehungen eine Rechtsähnlichkeit besteht im Gegensatz zu Otto Mayer, der von der spezifisch hoheitsrechtlichen Natur des Staatsakts ausgeht und aus diesem Grunde für Ablehnung jeglicher Analogie zwischen Staatsakt und privatem Rechtsgeschäft ist. Mit Recht führt hiergegen Manigk das Argument des Rechtsstaates an. Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit habe eine starke Annäherung der Verwaltung an die Justiz gebracht. Bemerkenswert sei ferner, daß gerade der erste Versuch einer verwaltungsrechtlichen Behandlung der fehlerhaften Staatsakte im engen Anschluß an die Behandlung des fehlerhaften privaten Rechtsgeschäfts aus der Schule Otto Mayer's hervorgegangen sei. Es zeige sich eine Entwicklungstendenz zum Aufgeben des ausschließlich hoheitsrechtlichen Wesens der Verwaltungsakte.

liche Rechtsverhältnisse zur Entstehung bringen[1]), wie z. B. die Konzessionen, der Bestätigungsbeschluß des Vormundschaftsrichters zur Adoption, die Volljährigkeitserklärung sowie das Ehescheidungsurteil; der Hoheitsakt kann aber nicht zugleich zum privatrechtlichen Rechtsgeschäft werden.

Ebenso ist auch die Theorie von der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung als untrennbarer Bestandteil des genehmigten Rechtsgeschäfts abzulehnen. Wäre diese Ansicht richtig, so würde die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung als Bestandteil, als Inhalt eines privaten Rechtsgeschäfts auch nur privatrechtlichen Charakter tragen. Die Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts wäre alsdann eine Vertreterhandlung zum Zustandekommen des Vertrags ebenso wie diejenige des Vormundes. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts würde demnach dann der Genehmigung des Vormundes bezw. dessen Handeln bei Geschäftsabschluß gleich-nicht übergeordnet sein. Eine solche Auffassung widerspricht aber — wie oben schon dargetan — dem Wesen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

Der Fehler bei der Auffassung als untrennbarer Bestandteil beruht vielmehr in der Verwechslung von Voraussetzung und Inhalt eines Vertrages. Bestandteil eines Vertrages kann nur sein, was Inhalt des Rechtsgeschäfts ist, wie die Hauptfaktoren, die einem Rechtsgeschäft das typische Gepräge geben sowie die Nebenabreden (Ort und Zeit der Erfüllung). Zum Inhalt und damit Bestandteil des Rechtsgeschäfts gehört aber nicht die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, diese ist lediglich Voraussetzung für dessen Gültigkeit.

Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ist also kein Rechtsgeschäft noch trägt sie rechtsgeschäftsähnlichen Charakter, sie muß vielmehr als obrigkeitlicher Ausspruch der Verwaltung (Verwaltungsakt) aufgefaßt werden. Nach ihrer Stellung im System des öffentlichen Rechts kann man sie im Gegensatz zu den öffentlich-rechtlichen Rechtshandlungen als p u b l i z i s t i s c h e s R e c h t s g e s c h ä f t bezeichnen, wobei der Unterschied zwischen beiden Begriffen ebenso wie bei den Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen des Privatrechts im Willensmoment zu finden ist.[2]) Die vormundschaftsgerichtliche Geneh-

---

[1]) G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 65.

[2]) Hatschek, § 2, II; W. Jellinek, der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, 1908 S. 19; Kormann, S. 22. Vgl. Manigk, der in seiner scharfsinnigen Abhandlung über Unwirksamkeit und Ungültigkeit im Handb. der Rechtswissenschaft, S. 307 ff., mit Recht eine gewisse Rechtsähnlichkeit zwischen öffentlichem und privatem Recht festgestellt, insbeson-

migung hat rechtsgeschäftlichen Charakter, da deren rechtliche Wirkungen deshalb eintreten, weil sie vom Vormundschaftsrichter gewollt sind.[1])

---

dere zwischen publizistischem und privatem Rechtsgeschäft. Dies zeige sich schon an dem in der Verwaltungslehre verwirklichten Gesichtspunkt der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der eine wesentliche Rechtsähnlichkeit mit dem zivilrechtlichen Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Rechtsgeschäfte habe. Aus der Analogie ergebe sich die entscheidende Fragestellung, in welcher Weise die Gesetzwidrigkeit die Wirksamkeit der Verwaltungsakte berühre. Wenn Manigk auch nur die Grundlinien für eine methodische Entwicklung dieses Gegenstandes der im Aufbau befindlichen allgemeinen Rechtslehre andeutet, so darf nach seiner richtigen Meinung bei der Frage nach der Möglichkeit einer auf Rechtsähnlichkeit sich gründenden analogen Behandlung des privaten und staatlichen Aktes nicht übersehen werden, daß sich schon im Gebiet des bürgerlichen Rechts zahlreiche ins Publizistische hineinragende Tatbestände finden. Diese fänden dort eine Sonderbehandlung gegenüber dem rein privatrechtlichen Rechtsgeschäft, in gewissen Grundfragen müßten sie aber doch diesem entsprechend behandelt werden.

Das Gesetz vermöge sowohl im Zivil- wie im Staatsrecht Rechtswirkungen unmittelbar an gewisse sie verursachende Tatsachen zu knüpfen. Z. B. knüpfe das BGB. die elterliche Gewalt an die eheliche Geburt des Kindes, die Verfassung des Deutschen Reichs gewähre den angestellten Beamten eine Reihe feststehender Rechte. Aber die Anstellung der Beamten überlasse sie einem Verwaltungsakt, ebenso wie das BGB. die Begründung eines Vereins einem Rechtsgeschäft überlasse. Diese Uebertragung der Gestaltung konkreter Rechtsverhältnisse seitens der Gesetzgebung einerseits an die Verwaltungsbehörde, andererseits an Privatpersonen erzeuge eigentlich jene Rechtsähnlichkeit zwischen Verwaltungsakt und Rechtsgeschäft, die zu entsprechender Behandlung dieser Akte herausfordere. (Vgl. ebenso Kelsen, Arch. ö. R. 31, 203; 31, 217; Walz, Arch. ö. R. 14, 219). Methodisch handle es sich nicht um die Uebertragung zivilrechtlicher Begriffe auf das öffenliche Recht. Rechtsgeschäft wie juristische Handlungen seien Figuren der allgemeinen Rechtslehre. Wenn in Theorie und Praxis des Verwaltungsrechts in zahlreichen Tatbeständen Rechtsähnlichkeiten mit den Figuren des Zivilrechts beachtet und anerkannt worden seien, so müsse in Zukunft methodisch klar sein, daß es sich hier um wissenschaftlich zu entwickelnde Auswirkungen der Kategorie des Rechts auf sein Anwendungsgebiet handle (ebenso Kelsen, a. a. O.; a. A. v. Hippel, Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts, 1924 S. 2). Schließlich erwähnt Manigk noch sehr treffend, daß die Durchführung des Rechtsstaatsgedankens notwendig eine bewußte stärkere Annäherung der Behandlung der Verwaltungsakte an die Grundsätze des Zivilrechts bringen müsse (ebenso Kelsen, a. a. O.; vgl. auch RGZ. 83, 423 ff.; K. Friedrichs, Allgem. Teil des Rechts, 1927 S. 53 ff.; 107 ff., 112, 127 ff.). Ueber die Ausdehnung der Grundsätze der Auslegung von privaten Rechtsgeschäften und Willenserklärungen auf solche des öffentlichen Rechts, vgl. auch Otto Mayer, a. a. O. I 98, 100, 104 ff.; Kelsen, Staatsunrecht, S. 86 ff.; W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 1928 S. 237 ff. und die dort angeführte Literatur; Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 1911, S. 157 ff., 176. Kelsen. Arch. ö. R. 31, 53 ff.; v. Hippel, Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts, 1924 S. 2, 52 ff.

[1]) Vgl. Hatschek, S. 11.

Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist ferner ein einseitiges publizistisches Rechtsgeschäft oder — was dasselbe bedeutet — eine Verfügung[1]), und zwar eine konstitutive Verfügung (so Kormann S. 87[2]). Bei der Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung tritt das Vormundschaftsgericht dem Vormund nicht gleichgeordnet gegenüber, sondern als Inhaber des den Untertan überragenden staatlichen Imperiums. Die Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung steht also im Gegensetz zu den mehrseitigen Rechtsgeschäften des öffentlichen Rechts, deren Haupttypen die Verträge und Vereinbarungen sind[3]).

VI. Die Hauptvertreter der obrigkeitlichen Auffassung in der Literatur.

Zum Schlusse sollen noch einige der wichtigsten Schriftsteller zu Worte kommen, die ebenfalls in der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung unter Ablehnung der rechtsgeschäftlichen Ansicht einen staatshoheitlichen Akt erblicken.

So führt Josef[4]) aus, der Genehmigungs- sowie der Bestätigungsbeschluß seien obrigkeitliche rechtserzeugende Akte. Diese übten erst in Verbindung mit dem genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäft rechtschaffende Wirkung aus.

Auch nach Rausnitz[5]) ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ein rechtschaffender Akt der Obrigkeit, der wohl zu unterscheiden ist von dem Rechtsgeschäft, zu welchem er erteilt wird. In der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung behielt sich die Obrigkeit in Ausübung der Staatshoheit eine Mitwirkung bei gewissen Rechtsgeschäften mit Rücksicht auf deren Wichtigkeit und deren weitgehenden Folgen vor.

Wohl am eingehendsten beschäftigte sich Kipp mit dieser

[1]) Man unterscheidet die Verwaltungsakte nach ihrer Wirkung in 1. Entscheidungen und 2. Verfügungen. Den bei weitem größeren Teil bilden die letzteren.

[2]) Die Gruppe der konstitutiven Verfügungen hat die Schaffung von Erlaubnissen, Rechten und Fähigkeiten zum Inhalt (Kormann, S. 82). Nur Willenserklärungen können Gegenstand der Genehmigung sein, nicht dagegen tatsächliche Handlungen. Wie Manigk für das Privatrecht der Genehmigung Rechtsgeschäftsnatur zuspricht (S. 15), so muß die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung als publizistisches Rechtsgeschäft aufgefaßt werden (vgl. auch Manigk, H. d. R. Bd. 6, S. 307 ff. über Rechtsähnlichkeit).

[3]) Fleiner, S. 156; Hatschek, § 2, II; Kormann, S. 62 ff.

[4]) Lehrbuch, S. 157.

[5]) Komm. S. 43 ff.

Frage, der seine Meinung in seinem Lehrbuch[1]) zusammenfassend wiedergibt, indem er sagt, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts sei eine Staatswillenserklärung, kein Rechtsgeschäft. Sie könne nicht als Zustimmung eines Dritten i. S. des § 182 ff. BGB. aufgefaßt werden. Sie sei kein Akt der gesetzlichen Vertretung des Mündels, sondern vielmehr der Bestellung des Vormundes wesensverwandt.

Dieser Auffassung schließt sich auch v. Blume[2]) an. Nach ihm ist die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung eine obrigkeitliche Anordnung ebenso wie die Volljährgkeitserklärung, die Entmündigung, die Todeserklärung oder die Bestellung bezw. Entlassung eines Vormundes. Auf die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung könnten nicht die Grundsätze des § 182 BGB. Anwendung finden, sondern es handele sich hierbei um eine Verfügung, welche ihrem Inhalt nach für den Vormund bestimmt sei. Der Vormundschaftsrichter sei weder ein am Rechtsgeschäft beteiligter Dritter i. S. des § 182 BGB. noch sei seine Genehmigung eine Zustimmung zum Rechtsgeschäft.

Zu der gleichen Ansicht kommt Manigk[3]) in seiner tiefgründigen Abhandlung über „Unwirksamkeit" und „Ungültigkeit" im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, wo er ausführt, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts sei ein Staatsakt; ihre Wirksamkeit und ihre Einwirkung auf das zu genehmigende Geschäft könne daher nicht den privatrechtlichen Grundsätzen der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Willenserklärungen unterstellt werden.[4]) Dabei erörtert Manigk die Frage der Wirksamkeit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, wenn diese durch ein örtlich bezw. sachlich unzuständiges Gericht erteilt ist.. Die Beantwortung des ersten Punktes ergibt sich aus dem Reichsgesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit. Danach ist gemäß § 7 eine gerichtliche Handlung — worunter auch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu rechnen ist — nicht aus dem Grunde unwirksam, weil sie von einem örtlich unzuständigen Gericht vorgenommen ist.

Die positive Regelung ist erfolgt, um den Unzuträglichkeiten nach Möglichkeit vorzubeugen, die gerade auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit der Nichtigkeit gerichtlicher Handlungen regelmäßig verbunden sind.

---

[1]) Familienrecht, S. 457.
[2]) Familienrecht, § 1828 Anm. 1.
[3]) Vgl. S. 305.
[4]) Ebenso Studinger Anm. 9 zu § 1828 u. die dort angeführte Literatur.

Anders liegt der Fall bei der Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung durch ein s a c h l i c h unzuständiges Gericht, z. B. wenn das Prozeßgericht in seiner Eigenschaft als solches zu dem in einer Prozeßsache über einen Grundstücksverkauf abgeschlossenen Vergleich die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erteilt. Mit Recht steht hier Manigk auf dem Standpunkt, daß alsdann — wie aus § 32 FGG. hervor geht — Unwirksamkeit der Genehmigung gegeben sei.[1]) Dies hat zur Folge, daß die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung als nicht erteilt angesehen wird und auch ohne formelle Aufhebung und weder von den Beteiligten noch von einer Behörde zu beachten ist.[2])

---

[1]) Ebenso Kipp, Recht 1912 S. 10; Gläßing Z.-Bl. F.G. 1, 831 ff.; Schefolds A. Ziv. Pr. 87 453 ff.; Unger Nr. 34, 323; Josef ZBlFG 9, 500; Goldschmidt Arch. ZvPr 117, 28; KGJ 30 A 289; KGJ 35 A 345.

[2]) Gläßing ZBlFG. 1, 837; Recht 1904 S. 108 Nr. 528; Rausnitz Anm. 11 zu § 7.

Lebenslauf.

Ich, Walter Wilhelm Julius Wink, bin am 26. 9. 01 zu Wiesbaden als Sohn des Konrektors Karl Wink und dessen Ehefrau Johanna Wink geb. Schneider zu Wiesbaden geboren. Dort besuchte ich 4 Jahre die Mittelschule und 9 Jahre das Städtische Reformrealgymnasium, an welchem ich im Frühjahr 1921 die Reifeprüfung bestand. Nach einem sechssemestrigen Studium der Rechtswissenschaft und Volkswirtschaft an den Universitäten Frankfurt a. M. und Marburg a. L. bestand ich am 8. November 1924 vor dem juristischen Prüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Frankfurt a. M. die erste juristische Staatsprüfung. Als Referendar war ich bei der Staatsanwaltschaft und dem Amts- und Landgericht zu Wiesbaden sowie bei dem Oberlandesgericht zu Frankfurt a. M. tätig. Am 27. 9. 1928 legte ich die große juristische Staatsprüfung vor dem Landesprüfungsamt in Berlin ab.

Die Anregungen zu der vorliegenden Arbeit habe ich von meinem hochverehrten Lehrer, Herrn Geheimen Justizrat Professor Dr. Manigk, erhalten, dem ich an dieser Stelle für die mir bei der Anfertigung der Arbeit erteilten Ratschläge meinen herzlichen Dank sage.